吉安法學敎養叢書 ④

서양형벌사

Graeme Newman 著

李璟在 譯



吉安社

서 양 형 벌 사

The Punishment Response

Graeme Newman 著
School of Criminal Justice
State Univ. of New York at Albany

忠北大 教授　李璟在　譯

吉安社

A Harrow and Heston Quality Reprint

Harrow and Heston, Publishers,
Styuvesant Plaza,
P.O. Box 3934,
Albany, New York, 12203

한국의 독자분들을 위한 특별서문

내가 《서양형벌사 The Punishment Response》를 썼을 당시 나는 주로 서양 문화의 역사에만 한정했습니다. 그러나 연구를 하는 동안 나는 서양의 형벌이 동양의 문화를 통하여 장구하고도 다양한 역사를 가지고 있다는 것을 발견했습니다. 하지만 한정된 범위의 연구에 초점을 맞추다 보니 그러한 측면을 서술하지 못했습니다. 바라건대 이 번역서를 통하여 한국의 형사법학자들이 한국과 동양 문화 속에서의 형벌의 역사를 연구·해석하여 사회생활, 사법 및 가족의 분야에서 그것이 차지하는 위치를 이해할 수 있기를 바랍니다.

이 책에는 두 가지 기본적인 주제, 즉 복종과 상호성이라는 주제가 전체를 통하여 서술되고 있습니다. 감히 생각하건대, 이 두 주제는 보편적인 원칙일 것입니다. 개인적으로 동양 문화에 대하여 잘 알고 있지는 못하지만 복종과 상호성이 동양 사회에서도 작용할 것으로 짐작합니다. 또한 동양 사회에서 나타나는 복종과 상호성의 형태는 분명히 서구 문화와는 사뭇 다를 것입니다. 예컨대, 일상생활에서 흔히 행해지는 예의의 표시도 서구 문화와 동양 문화는 상당히 다릅니다. 따라서 동서양에서의 공식적 또는 비공식적인 형벌에 대한 관계도 다를 것이라고 생각합니다.

그러나 오늘날 세계적으로 볼 때 공식적인 형벌의 분야에 있어서는 형벌의 유형이 그다지 차이가 없습니다. 일례로 서구의 경제학과 문화에 의해서 특별한 형태로 추진된 교도소가 모든 사회에서 채택되고 있습니다. 아마도 이것은 서구 사회가 동양 사회에 전수시킨 주요한 "식민지적" 또는 "개발주도적"인 수출품의 잔재일 것

입니다. 특히 경제개발과 자유시장의 확대 사상을 포용했던 태평안 연안국가 사이에서는 이러한 개발의 일부분으로 서양과 같은 감옥을 건축하게 되었을 것입니다.

혹시 서구 문화가 전수되기 전에도 동양 사회에서 감옥이 범죄(그리고 정치)에 대한 해결책으로 광범위하게 존재하였습니까? 그렇지는 않았을 것이라고 생각합니다. 그러나 솔직히 말하면 이 부분에 대하여는 잘 알지 못합니다. 그러므로 한국의 학자분들이 감옥이나 형벌의 역사에 관한 저서를 출간하여 인류의 보편적인 현상인 형벌에 대하여 서양인들이 잘 알고 있지 못한 부분을 채워주시기를 간절히 바랍니다.

나는 한국의 독자분들이 나의 이 저서를 중요하게 여겨주신다면 큰 영광으로 생각하겠습니다. 사회과학을 연구하는 학자로서 여러 문화를 접한다는 것은 상당한 모험일 것입니다. 한국의 독자분들이 나의 생각에 대하여 어떤 반응을 보일지 많은 기대와 아울러 두려움도 있습니다.

GRAEME NEWMAN
올버니, 뉴욕 1997

제2판 서 문

이 책(The Punishment Response)이 발간되었을 즈음 푸코(Michel Foucault)의 역작인 ≪감시와 처벌 *Discipline and Punish*≫이 영어판으로 출간되었다. 그러나 나는 이 책을 썼을 때 이미 ≪광기와 문명 *Madness and Civilazation*≫ 등과 같은 푸코의 다른 저술들로부터 많은 영향을 받았다. 나는 푸코야말로 형벌에 관하여 가장 의욕적인 저술가라고 생각한다.

이 책과 ≪감시와 처벌≫은 의견을 같이 하는 부분이 있는가 하면 그렇지 않은 부분도 있다. 이 두 책은 형벌이 역사를 통하여 수행해 온 정치적·도덕적 기능, 특히 점차 형벌이 추상적이고 상징적인 표현이 되어 온 경향에 대하여 의견을 같이 하고 있다. 그러나 푸코는 그가 취한 입장을 솔직하게 설명하지 못한 점이 있기 때문에 적절하게 이해되지 않았다. ≪감시와 처벌≫의 첫머리에 등장하는 다미엥(Damiens)의 처참한 처형광경은 선정적으로 묘사되었기 때문에 형벌에 대하여 門外漢인 독자들은 마치 오늘날의 형벌이 과거보다 훨씬 나아졌다고 믿게 되었다. 내가 푸코의 책을 읽고 난 뒤 느낀 바는 그가 결코 분명한 태도를 취하지 않았다는 점이다. 그는 - 벤담의 파놉티콘(Panopticon) 감옥을 빗댄 은유적 표현을 사용하여 - 형벌이 감옥의 담장을 넘어 "한눈에 관찰되는" 사회 속에 있는 모든 사람들에게까지 이르게 되었다고 주장했다. 처벌은 감시와 징벌로 변형되어 모든 사람들이 벌받게 되는 사회를 낳았고, 그 사회 속에서 감옥은 이러한 감시상태를 반영하는 것이 되었다.

푸코의 책을 읽은 독자들이 간과해버리는 사실은 바로 '오늘날 우리 사회 속에 편재하고 있는 총체적인 처벌이 다미엥이 살았던 시대와 같은 공개처형의 시대보다도 훨씬 더 많다'는 점이다. 오늘날 우리는 신체형을 형벌로서 몹시 불쾌하고 강력한 것이라고 생각하고 있지만, 푸코가 전제로 하고 있는 불가피한 사실은 오늘날 우리가 이러한 "감시

적이고 징벌적인"(disciplined) 사회를 발전시킨 것이 결코 좋은 일이 아니라는 점이다. 즉 이렇게 "진보"(progress)한 데에는 매우 큰 희생을 치루었던 것이다.

지금 와서 생각해보니 나는 이 책을 썼던 당시 이 점을 충분히 이해하지 못했던 것 같다. 실제로 몇 군데에서 나는 우리가 범죄자를 처벌하는 데 있어서 진보했다고 확신을 가지고 서술했다. 나는 문명에 대해 "진보"라는 말을 적용하는 것이 어렵다는 것을 알고 있으면서도 처벌이나 형벌에 관하여 이렇게 가정하는 취지를 인식하지 못했다. ≪감시와 처벌≫을 읽고 나는 이 문제를 좀더 심도있게 들여다 본 뒤 나는 정반대의 입장을 취해 보았다. 다시 말해서, 결코 진보가 이루어지지 않았다고 하는 가정을 세워 보았다. 그래서 ≪正義와 고통: 범죄자에 대한 신체형의 경우 *Just and Painful: A Case for the Corporal Punishment of Criminals*≫라는 책에서 나는 내 자신도 놀랄 만한 결론에 이르게 되었다.

제1판에서 비판받은 점은 형벌의 예방(억제)원칙(the principle of deterrence)에 대하여 내가 애매모호한 태도를 취했다는 점이다. 예방원칙에 대하여 분명한 입장을 취하지 못한 까닭은 다음의 두 가지에서 비롯된다.

첫째, 응보 개념 내에는 애매모호한 것이 있다. 어네스트 반 덴 하그(Earnest van den Haag)는 응보를 비롯한 모든 형벌이 본질적으로는 예방이라고 주장했는데, 궁극적으로 볼 때 나는 그 말이 옳을 것이라고 생각한다. 그러나 강요(coercion, 억제의 또다른 표현이라고 할 수 있다)는 정도의 차이가 있고, 일부 형벌의 정당화사유는 다른 정당화사유보다 더 많은 것을 허용하고 있다. 그러나 단순한 응보 형태는 허용하는 바가 매우 적다(나는 이것을 ≪正義와 고통≫에서 "舊式應報"[old retribution]라고 표현한 바 있다). 반면 다른 원칙들은 더 많은 강요를 인정하고 있다(예컨대, 범죄위험성의 예측에 근거한 예방구금; 예방 또는 억제로서의 사형의 적용; 지금까지보다도 경미한 범죄에 대하여 징역형을 선고하거나 총기소지에 대하여 필요적 선고를 하는 것과 같은 가혹한 형벌의 사용 등).

둘째, 내가 애매모호한 태도를 취한 것은 일부 범죄자에 대하여 가혹한 형벌을 옹호한 데에서 비롯된다. 이것은 '사실상' 억제라고 해석된다. 왜냐하면 모든 치료모델은 공리주의적 논리를 가정하고 있고, 억제의 하부유형으로 간주될 수 있기 때문이다. 여기서 오류가 있었던 것은 그러한 치료를 '받아 마땅한' 범죄자와 그렇지 않은 범죄자의 특성을 좀더 자세하게 언급했었어야 한 점이다. 나는 이 문제를 ≪正義와 고통≫에서 직면하였는데 거기에서 답하려고 노력하였다. 내가 내린 해결책은, 가두어야 할 범죄자와 가두어서는 안될 범죄자를 엄격하고 명확하게 구분한 것이다.

분명히 모든 형벌정책이나 형벌적용에 관한 논의는 범죄의 輕重, 범죄의 種類, 범죄자의 種類, 그리고 이러한 것들과 형벌의 성질 및 정도와의 합치성 등을 평가하지 않으면 아무런 의미도 없을 것이다.

내가 이 책을 쓰면서 배운 중요한 점은 형벌의 성질과 그것의 범죄에 대한 양적인 부합이 역사적으로 갖는 의미이다. 오늘날 대부분의 矯正敎科書들은 이러한 사실을 인식하지 못하고 있다. 더구나 양형을 선고하는 법원도 마찬가지이다 - 물론 일부 법관들은 이론적인 행형론자들보다 좀더 창의적인 양형선고 방법을 보이려고 시도하고 있다.

이제 무엇을 해야 할 것인가? 내 생각으로는 만약 行刑學(잘못 이름붙여진 "矯正"[corrections]이라는 말보다 이 말이 더 나을 것이다)이 새로운 방향으로 나아가야 한다면 형벌의 성질에 관한 문제에 좀더 주목해야 할 것이다. 우리는 형벌의 분류법을 개발할 필요가 있다. 또 범죄와 형벌을 조화시키는 데에도 창의력이 요구된다. 설령 이 책이 아무런 가치도 없는 것일지라도, 오래지 않은 얼마 전 우리 사회에서 광기어린 처형이 행해졌다는 점만은 기억하게 할 것이다. 우리가 잃어버렸던 형벌의 성질을 "느끼게" 해 준 것이다. 오늘날에도 이러한 느낌이 전해지는 곳이 한 군데 있다. 바로 교도소가 그곳이다.

우리는 형벌이 거의 전적으로 상징적이고, 추상적이며, 비현실적이라고 배워 왔다 - 그러나 불행하게도 형벌이 "의도하지 않았던" 결과는 현실적이다. 나는 21세기의 역사학자들이 오늘날의 교도소를 우리 시대의 비극의 장소로 뒤돌아볼 것이라고 확신한다. 마치 우리가 과거

보다는 훨씬 나아졌다는 우쭐하는 감정으로 다미엥의 처형을 공포와 전율 속에서 바라보았듯이 말이다. 다행히 형벌이 추상화되었기 때문에 우리는 우리의 길을 거기에서 벗어나서 생각할 수 있을 것이다. 그러나 나는 이것을 의심한다. 형벌이 가지고 있는 상징적인 힘은 모든 이성적인 해결책을 다른 방법으로 사용하게 할 것이기 때문이다.

GRAEME NEWMAN
올버니(Albany), 1985년 5월

서 문

이 책의 대부분은 역사적인 사실을 기술하고 있지만 한 가지 분명한 목적을 가지고 씌여졌다. 그것은 바로 오늘날과 같은 상대주의적인 시대에 도덕성을 찾아보고자 하는 의도이다. 그것은 매우 고통스러운 과정이었다. 그리고 안개와도 같은 역사와 학문 속에서 빠져 나오기 위해 몸부림을 치며 마지막 장을 완성할 때야 비로소 내가 추구하는 바가 진정으로 중요하게 되었다. 물론 어느 누구도 이 짧은 책 안에서 도덕성을 찾아볼 수는 없다. 그러나 그것을 탐색하기 위한 밑바탕을 세울 수는 있을 것이다. 또 나는 그 일을 시작하기에 적당한 자리가 바로 형벌 분야라고 생각한다.

마지막 장에서 나는 내가 다다른 결론을 제시했다. 나는 내가 요약한 주장들이 매우 도식적이고 관조적이라는 것을 알고 있으며, 또 어떤 부분들은 사람들에게 충격을 줄 수 있다는 것도 알고 있다. 나는 노먼 브라운(Norman Brown)이 세운 예를 좇아 논리적인 결론 - 설사 그것이 겉으로 보기에는 무지막지하게 보일지는 몰라도 - 에 따라 사고를 추구할 용기를 갖게 되었다. 이 자리를 빌어 프로이트의 문화에 관한 저술을 찾아 주신 필립 리프(Philip Rieff) 교수님께 감사드린다. 이 책을 쓰기 위하여 많은 저서들을 참고했지만 그 가운데에서도 라지노비츠 卿(Sir Leon Radzinowicz)의 ≪영국 형법사 *History of English Criminal Law*≫가 큰 도움이 되었다.

이 자리를 빌어 감사를 드릴 분들이 더 있다. 내가 재직하고 있는 뉴욕 올버니 대학(the University at Albany) 형사사법학과 대학원(the Graduate School of Criminal Justice)의 여러 동료 교수와 빈센트 오리리(Vincent O'Leary), 도날드 뉴먼(Donald Newman) 학장에게 감사드린다. 그리고 잭 크레스(Jack Kress), 어네스트 반 덴 하그(Earnest van den Haag), 밥 마이어(Bob Meier), 조안 뉴먼(Joan Newman)과 같은 분들은 꼼꼼하게 나의 원고를 읽어 주셨으며, 그들이 제시해 준 비판

에 귀기울여 이 원고를 완성할 수 있었다. 또한 나의 학생들도 나의 생각을 정리하는 데 많은 정보를 주었다. 이 모든 분들에게 감사드린다.

또한 딕 헤프론(Dick Heffron)과 도로시 호프만(Dorothy Hoffman)의 편집에 힘입어 손쉽게 원고를 마무리할 수 있었다. 또 한 사람으로는 나의 원고를 정성스럽게 타자해 준 조 안느 디실버(Jo Anne DeSilva) 양에게 깊이 감사드린다.

GRAEME NEWMAN

올버니(Albany), 1977년 8월

목 차



16세기초의 법정 모습 앞부분은 피고인이 법정에 출정하는 모습이고, 뒷부분은 다양한 형벌에 처해지는 장면. H. Burgkmair의 목판화.



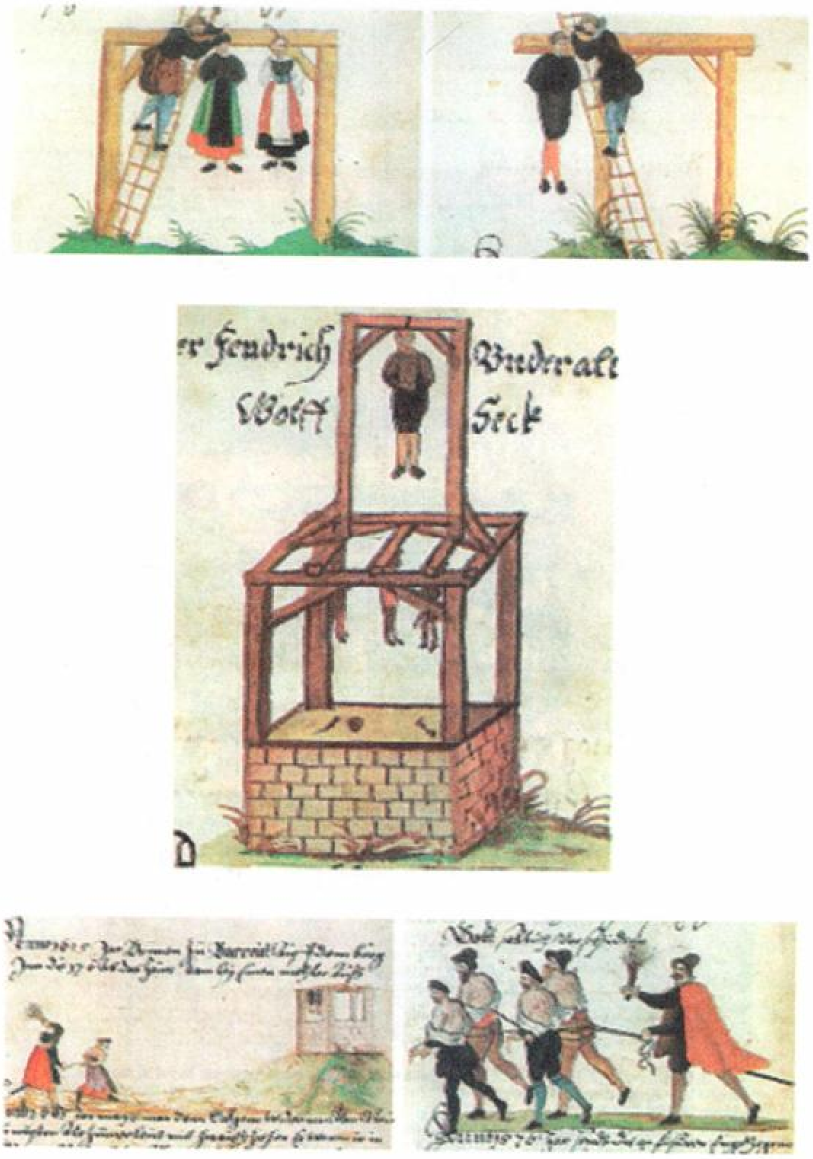
교수형 1417년의 채색화. 독일 다름쉬타트(Darmstadt)의 헤센주 도서관 소장.



판결 뒤에 행해지는 처형 장면. 1507년.



1610년 프랑스의 앙리4세 암살범의 처형 장면 오른쪽 위의 모습은 범죄자를 형집행지로 끌고 오는 장면이고, 가운데 위의 모습은 범죄자를 고문하는 장면이며, 왼쪽 위의 모습은 범죄자를 사지절단형에 처하는 장면.



각종 처형 장면　17세기독일 뉘른베르그(Nürnberg)의 노이바우어(Neubauer) 연대기에 등장하는 각종 형벌유형.



익사형　독일 콘스탄스(Constance)에서 익사형을 시행하는 그림. 1513년.



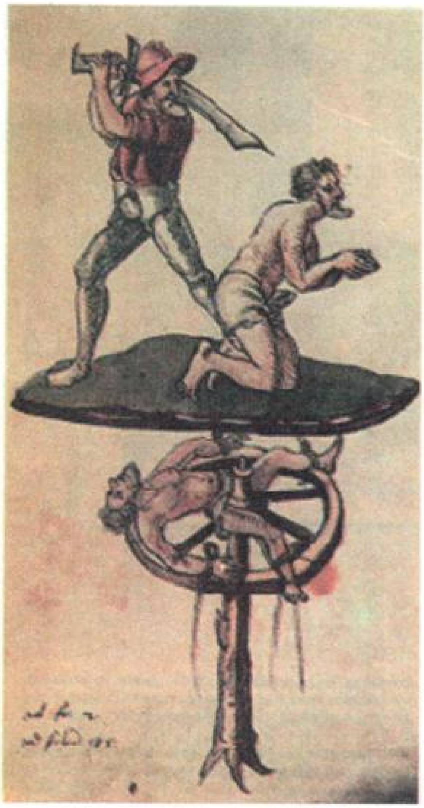
거열형　14세기 초반 행해진 거열형의 모습.



다양한 형벌 유형에 처해지는 장면 Tengler Laienspiegel, 1580년.



거열형 처형된 살인범의 사체를 바퀴 위에 얹어 운반하는 그림. 1492년.



참수형과 거열형
1417년의 채색화. 1417년 독일 다름쉬타트(Darmstadt)의 허센 주 도서관 소장.



마녀 화형 독일의 뷔프츠부르그(Würzburg)에서 처형되는 마녀. Lorentz Friess, 1546년.



거열형과 기름에 끓여 죽이는 형벌.



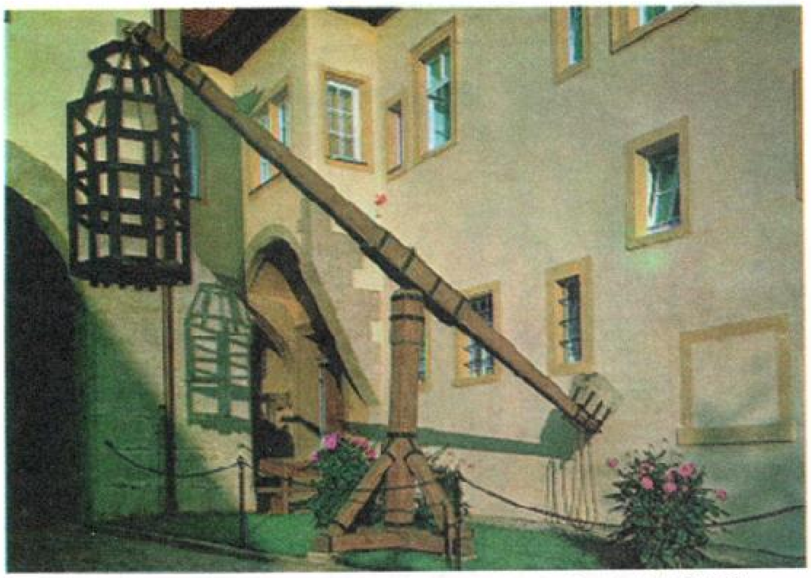
이교도에 대한 화형.



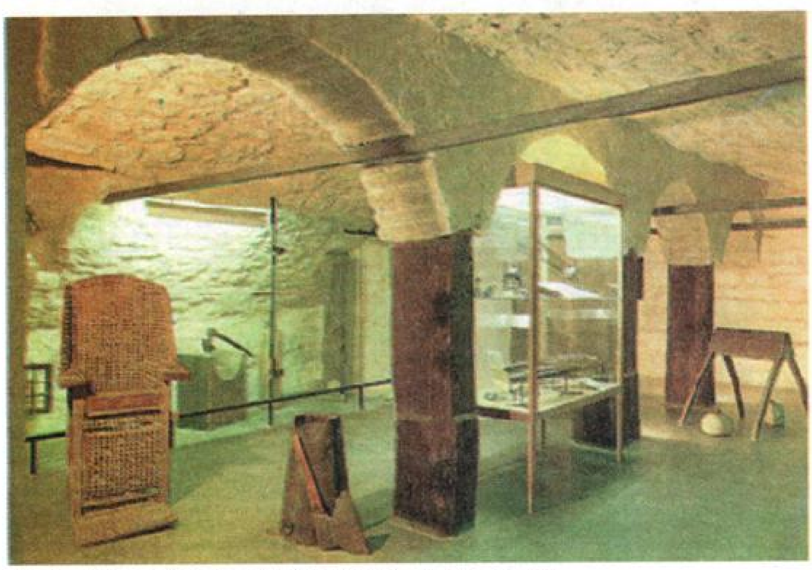
1415년 독일 콘스탄스에서 화형당하는 요하네스 후스(Johannes Hus). 1483년 베른시 도서관 소장.



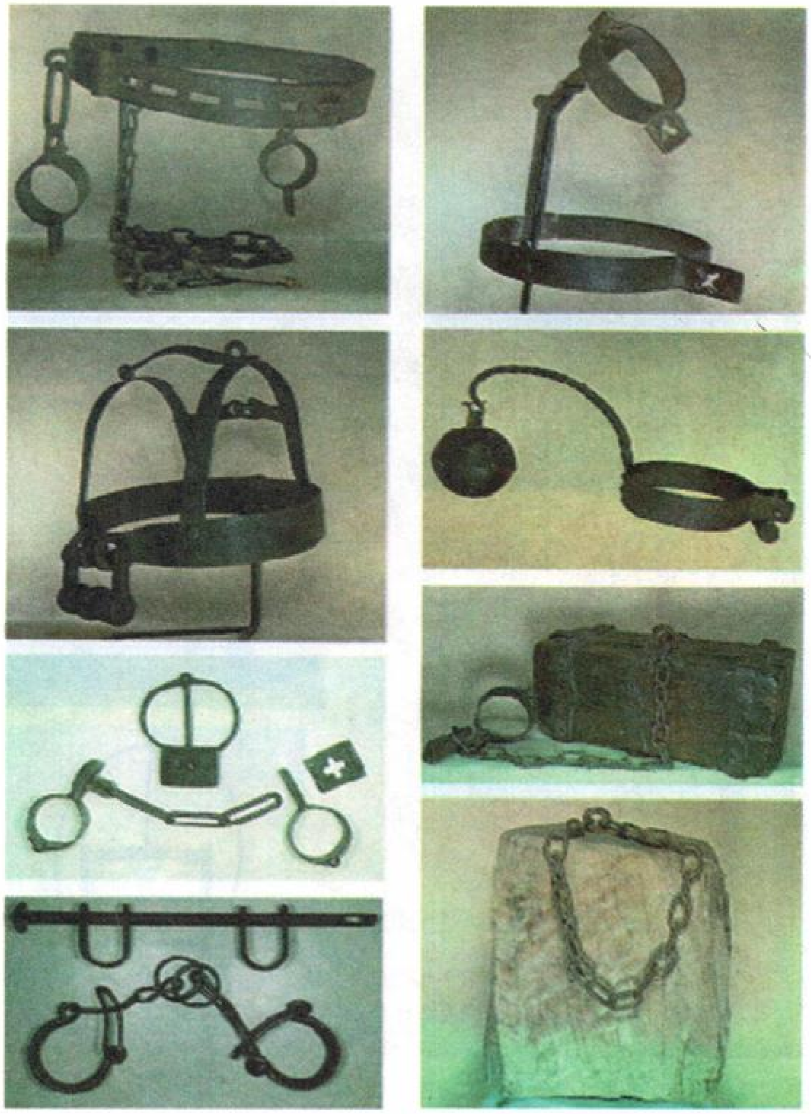
집시들에 대한 처형 장면 이 그림은 함부르그 성문 앞에 걸린 그림으로 집시들이 특정지역 내의 출입을 금할 것을 경고한 것이다.



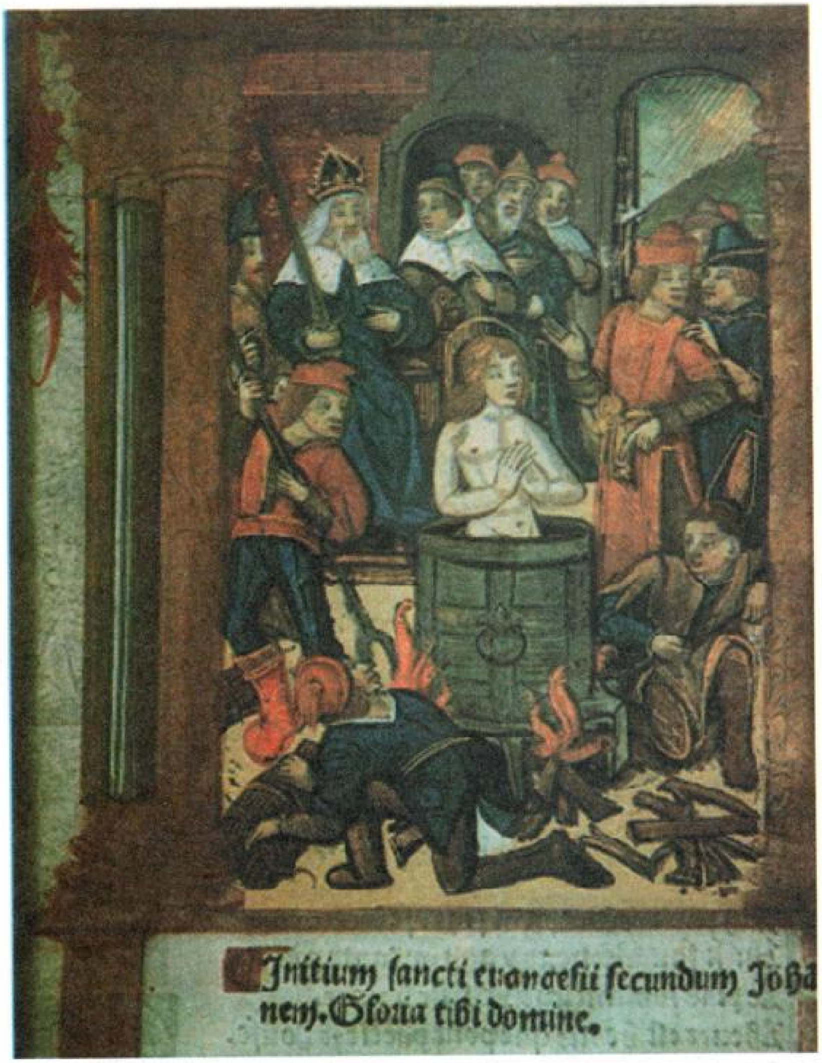
물고문의자　독일 로텐부그르(Rothenburg ob. der Tauber) 범죄박물관 (Kriminalmuseum) 앞에 전시된 물고문의자.



형구　독일 토텐부르그 범죄박물관에 소장된 형구들.



각종 고문도구 및 형구 왼쪽 위로부터 형틀, 형틀(어깨를 죄는 도구),
수갑, 족쇄, 오른쪽 위로부터 목 형틀, 쇠방울이 달린 목형틀,
명예훼손자에게 씌운 돌(아래도 같음).



열탕에 의한 시죄법 뜨거운 물 속에서 유죄 여부를 시험당하는
복음전도사 존(John the Evangelist)의 모습. 1500년경.



기사들의 결투 모습 15세기 비엔나 국립도서관 소장.



불에 의한 시죄법 프라 안젤리코(1400～1455) 그림.



간통자들에게 내린 말뚝박는 형벌. 1348년.



시죄법　불에 달군 쇠를 잡고 오토3세 황제 앞에서 유죄 여부를
시험하는 장면. 1468~1475년경의 그림.



각종 가면 일종의 명예형으로서 치욕스러움을 나타내기 위해
범죄자에게 씌운 가면들

제1장 서론 : 형벌의 문제

제1장 서 론 : 형벌의 문제

교수대 찬가

환호하라, 선한 이를 벌하는 난해한 국가의 기계를
네[교수대] 안에 들어 있는 사람은
아무런 고통을 느끼지 못할 것이고,
네가 보이는 한갓진 경멸도 마찬가지
수치심을 의미하는 가짜의 새로운 말인 경멸은
범죄없이는 공허한 이름이고,
사람을 즐겁게 하는 그림자는
그러나 현명하거나 유복한 자들을 놀라게 하지 않는다
선은 인간의 경멸을 비웃고
불명예는 순진함을 호화롭게 장식한다

그러나 악인을 처벌하는 법이
선한 자를 공포에 떨게 할 때
정의는 전복된다

모든 사람이 알고 있듯이
너의 할 일은 악한을 벌하는 것
결코 그들을 악인으로 만드는 것이 아니다
네가 보상해야 할 악을
자극할 준비가 되어 있을 때면 언제나
너의 음흉한 얼굴이 주는 공포 때문에
불명예를 씻기 위해
사람들을 악당으로 만들어버린다
너의 종말이 파멸할 때
정의도 끝장이 나고,
법도 공허해진다.

– 데포(Daniel Defoe)[1)]

1) From Daniel Defoe, "A Hymn to the Pillory", in *The Earlier Life and Works of Daniel Defoe*, ed. H. Morley (London : Routledge & Kegan Paul, 1889).

감히 말하건대, 형벌은 우리들의 삶과 우리들의 마음 속에 중요한 위치를 차지한다. 우리는 형벌에 대하여 깊은 愛憎의 감정을 가지고 있다. 과거에 처벌받은 적이 있거나 처벌받아야 할 책임이 있는 사람은 오랫동안 형벌의 합법성에 반대해 왔다. "도대체 누가 그럴 권리를 가지고 있는가?" 하고 말이다.

우리는 모두 형벌의 객체이기도 하지만, 또한 형벌을 부과하는 자이기도 하다. 우리들이 가지고 있는 愛憎은 너무나도 깊어 다른 사람들을 처벌할 뿐만 아니라, 우리들 스스로를 처벌할 정도이다. 우리는 스스로 처벌받기를 자처하는 사람들을 비굴한 겁쟁이에 가까운 "순종자"로 간주할 뿐만 아니라, 형벌에 저항하는 자를 "불순종자", 즉 폭도라고 간주한다.

어떤 이들은 형벌이 사회에서 차별과 분열을 조장한다고 주장한다. 다른 자들은 형벌을 통하여 질서와 합법성이 유지된다고 주장한다. 여기서 중요한 것은, 형벌이 어느 한 쪽에만 해당하는 것이 아니라 두 주장 모두에 해당한다는 것이다. 간단해 보이지만, 우리는 이 점을 제대로 파악하고 있지 않다. 이것이 바로 왜 우리가 형벌을 더 많이 혹은 더 적게 사용하는가, 왜 우리의 처벌제도는 정부조직에 의하여 방해를 받는가? 왜 사형은 마치 바닷물과 같이 사라졌다가는 나타나곤 하는가? 하는 이유가 된다.

최근의 저서인 ≪正義의 실행 *Doing Justice*≫[2]- 이 저서는 저명한 법률가, 사회과학자, 교육자, 철학자, 신학자들로 구성된 위원회가 수년간 연구를 거듭한 결과로 나온 책이다 - 에서는, 범죄자의 형벌에 대한 가장 "정당한"(just) 원칙이 응보원칙이라고 결론짓고 있다. 즉 간단히 표현하자면, "만약 누군가가 규칙을 위반하면 자신이 범한 행위에 따라 마땅히 처벌받아야 한다. 그것이 바로 형벌의 목적"이라는 것이다. 그것이 바로 "정당한 응보"(just desert)의 법칙이다. 그러나 응보에 대하여 정당한 것은 무엇인가? 위에서 언급한 위원회의 한 사람이었던 윌킨스(Leslie Wilkins) 교수는, 자신은 그 위원회가 내린 결론을 대체로 지지하는데, 그것은 그가 응보원칙 자체를 긍정하기 때문

2) A. Von Hirsch, *Doing Justice* (New York : Hill & Wang, 1976).

이 아니라 다른 모든 대안이 더 나쁘기 때문이라고 추가설명에서 말하고 있다. 윌킨스 교수는 그 위원회가 당황스러워 할 정도로 도덕상의 죄(sin)를 재발견한 것을 유감으로 생각하고 있다.

형벌은 그처럼 오래된 것인가? 나는 바로 이 문제 때문에 이 책을 쓰게 되었으며, 사회역사적인 관점을 채택하게 되었다. 현대의 형벌에 관한 저서 - 주로 법학적 측면에서의 저서 - 를 읽으면 읽을수록, 더욱 더 형벌의 개념은 역사와 문화로부터 유래하는 것이라는 결론에 이르게 될 것이다. 내가 이 책을 쓰는 이유는 형벌에 대한 관념을 추상적인 영역에서 끄집어내는 것이다.

이하의 章에서는 주로 형사적 처벌, 즉 형벌(criminal punishment)에 초점을 맞출 것이지만, 나는 우선 형벌이 문화적 과정이라는 것, 그리고 둘째로 형벌은 특별한 제도의 메커니즘이고, 그 중에서 형법은 그저 일부분에 지나지 않는다는 측면을 강조하고 싶다. 게다가 형벌에 대한 학문적인 논의는 법률적인 문제만에 제한되어 있기 때문에, 많은 형벌정책이나 형벌의 정당화사유는 극단적인 경우에 관한 논의를 기반으로 하고 있다. 어쨌든 범죄의 영역에서 형벌을 사용하는 것은 그 자체가 극단적인 경우다. 왜냐하면 범죄는 일상생활 중 극히 미세한 부분이기 때문이다. 가정과 학교 내에서 사용되는 처벌(그리고 그 처벌의 도덕적 정당성)은 거의 고려되지 않았다. 그러나 그러한 분야에서의 처벌은 오늘날까지 발전되어 온 많은 형벌의 정당성의 근간이 되고 있다.

범죄학 교과서들은 대체로 형벌의 "역사"를 18세기의 벡카리아(Beccaria)와 벤담(Bentham)에 관한 문장으로부터 시작하고 있다. 그러나 사람들은 이들 대가들도 이전에는 어린애였고, 그 시대에 보편적인 처벌을 받았다는 사실은 인식하지 못하고 있다. 예를 들어 벤담은 가장 무서운 형벌들을 상세히 묘사했던 폭스(Fox)의 ≪순교자서 *Book of Martyrs*≫에서 섬뜩한 형벌 이야기를 들으면서 컸다. 그와 동시대 사람이자 형법개혁가였던 사뮤엘 로밀리 卿(Sir Samuel Romilly)은 이 책에 관한 악몽을 계속 꾸었다. 나중에 이 책에 대하여 잠시 살펴보도록 하자.

우리가 인식해야 할 점은 바로 형벌 사상과 그 실행 사이에는 연속성이 있다는 것이다. 사상은 그 자체로서는 존재하지 않는다. 사상은 사람들에 의하여 만들어지고, 사람들은 매우 오래된 옛 역사를 가진 세상에 살고 있다. 사상은 각 개인의 사회적 경험을 통하여 전달된다. 따라서 사상은 文化史의 맥락에서 보지 않으면 제대로 이해할 수가 없다.

나는 형벌의 개념을 복수(vengeance)에서 끄집어내려고 하였다 - 아마도 이것은 태초의 기원으로부터 지금까지의 형벌을 추적하는 이 짧은 책에서 무수히 많이 등장할 것이다. 그래서 형벌의 "발전과정"을 활동사진으로 옮기기 위해서는 역사를 바로 알 필요가 있다. 혹자는, 마치 우리가 正義의 시계를 뒤로 돌려놓은 것처럼, 윌킨스 교수의 한탄 속에서 절망의 요소를 느낄 수 있을 것이다. 우리는 벌써 막다른 골목에 다다랐는가? 그 "발전과정"은 단순히 순환되는 것인가, 아니면 피상적인 것인가?

현대적인 시각에서 보면 우리는 형벌을 사용하는 데 있어서 하나도 발전한 것이 없다고 말할지도 모른다. 적어도 행형학을 연구하는 학자는 그렇게 주장할 것이다. (이제 앞으로 이 책에서 제시하는 바와 같이) 오늘날 사용하고 있는 형벌의 효과와 방법은 폭력적인 형벌이 최고조에 달했던 과거 17, 18세기보다 훨씬 더 완화되었다는 사실이 쉽게 입증될 수 있다. 이에 대하여 일반적으로 주장되고 있는 것은, 우리는 계속하여 그만큼 공정하게 형벌을 과하고 있지만, 형벌의 형태는, 특히 교도소를 사용하고서부터는, 신체형에서부터 "정신적인" (psychological) 고통을 주는 형벌로 바뀌었다는 것이다. 물론 이러한 주장은 잘못된 것이다. 중세의 형벌이 주로 신체형이었기 때문에 그 때에는 실제로 "사회적"이거나 "정신적인" 형벌이 없었다고 추측할 수 있다. 그러나 실제로는 사회적이거나 정신적인 형벌이 광범위하게 사용되었는데, 이에 대하여는 제5장과 제6장에서 살펴볼 것이다. 게다가 대규모의 형벌조치로서의 감옥이 극히 "근대적인" 현상이라고 잘못 알고 있다. 감옥에 처넣는 구금형은 다른 많은 형태의 형벌만큼 오래된 것이고, 아마도 스페인의 糾問主義 宗敎裁判(Spanish Inquisition)이 행

해지는 동안이 절정이었을 것이다.

좀더 심각한 오해는 과거의 폭력적인 형벌에 관하여 피상적으로 알고 있는 데에서 생겨난다. 그것은 바로 형벌 그 자체가 본래 나쁜 것이라고 생각하는 것이다. 사실 이것은 20세기의 형벌에 관한 사상과 연구에도 널리 퍼져 있는 선입견이다. 20세기의 법적·철학적 연구조차도 형벌을 이해하지 않은 채 형벌의 사용에 대한 정당성에만 관심을 가지고 있을 정도이다. 이것은 형벌의 정당성에 관심을 가지고 있는 법학자라면 이해할 수 있어도 철학자인 경우에는 변명이 될 수 없을 것이다. 과학자들조차도 형벌의 본질적인 해악에 대한 선입견으로 혼란스러워 하고 있는데, 이것은 그들이 형벌의 효용성을 뒷받침하는 중요한 연구결과들을 무시한다고 말해도 좋을 정도로 형벌의 효용성에 관한 조사자료를 잘못 해석하고 있는 것에서도 입증되는 바이다. 이것은 제11장에서 살펴볼 것이다. 형벌의 본질적인 해악에 관한 사상은 먼저 공리주의자, 특히 18세기의 제레미 벤담에게서 유래했다. 이러한 이유 때문에 (제8장에서) 그의 행적을 상세하게 살펴볼 것이다. 왜냐하면 그의 사상과 업적이 형벌사상사에 중요한 전환점을 제시해 주었기 때문이다. 또한 18세기의 형사실무와 그를 둘러싼 사회환경에 대하여도 자세히 살펴볼 생각이다. 그 이전 시대에는 처벌이 일상생활의 자연스러운 한 부분인 것처럼 당연히 받아들여졌다.

과거에도 그랬고, 지금도 여전히 그렇다. 그리고 그런 점에서 형벌이 실제로 사용되는 것은 정당화될 필요가 없다. 정당성을 요하는 형벌의 유일한 측면은 바로 형벌의 분배(distribution)이다. 왜냐하면 어떤 사람이 다른 사람보다 더 무겁게 처벌되는 것이 정당한가? 하는 문제가 있기 때문이다. 우리는 형벌에 관한 모든 조사가 끝나기 전까지는 이 문제에 답할 수 없을 것이다. 마지막 章에서 이 문제를 다루도록 하겠다.

형벌이 "자연적"(natural)이라는 것은 무슨 뜻일까? 우리는 제2장에서 형벌이 피할 수 없는 것이라는 점에서 자연적이라는 것을 알게 될 것이다. 인간은 인간의 가혹한 물리적 자연환경에 의하여 벌을 받아왔다. 인간은 문명의 힘으로 자연환경을 극복하려고 했지만, 언제 가

뭄이 올지, 홍수가 날지, 눈과 추위, 기근과 역병이 닥칠지 전혀 예측할 수가 없다. 처벌이 생겨났을 당시 인간은 어떻게 그처럼 고통스러운 문제들에 대처하였을까? 마치 오늘날에도 모든 것이 실패하고 좌절하였을 때 인간이 그렇듯이, 그때에도 그러한 문제들을 종교적으로 대처했다. 원시인은 자연환경에 어떤 특성을 부여하여, 자연환경이 그들에게 초래하는 고통에 대처하기 위해 많은 儀式과 祭祀를 행했다. 그러나 원시인은 그때까지만 해도 자연의 일부여서인지, 그들은 일이 잘못되면 쉽게 자신을 탓했다. 처벌의 씨앗은 바로 이러한 환경에서 뿌려졌다. 이에 대하여는 제2장에서 살펴볼 것이다.

인간의 죽음도 한 부분을 차지하고 있다. 원시인들에게 있어서 죽음의 세계는 마치 현세와 마찬가지로 "살아있는" 것이었다. 살인과 죽음은 항상 서양문명의 중심적인 문제였다. 사람들은 죄가 있든 없든 간에 여러 神들에게 희생되었고, 때때로 이러한 희생은 처벌의 형태로 나타났다. 제3장에서 우리는 특별한 형태의 처벌, 특히 사형을 적용하는 방법이 제사나 儀式에 그 기원을 가지고 있다는 것을 볼 것이다. 그 형태는 다양하다. 즉 살해된 자의 영혼을 지키는 것, 신성한 명예감정을 표현하는 것, 범죄와 유사한 형벌로 다시 "반영하는" 것, 돌로 쳐죽이는 것과 같이 집단적인 종교감정을 발산시키는 것, 또는 오늘날에도 중요하듯이 범죄자를 "자연의 재앙에 의하여" 또는 "모르는 사람(총살형 집행대)에 의하여 죽게" 내버려 둠으로써 실제로 형벌을 집행하는 책임을 회피하는 것 등등이다.

우리는 형벌이 원시적인 형태에서 진화된 것을 추적해 봄과 동시에 종교의 진화도 추적해 보아야 한다. 왜냐하면 全시대를 통해 볼 때 다양한 형태의 종교는 형벌의 승리자이기 때문이다. 우리는 제5장에서 어떻게 이태리의 규문주의 종교재판(Italian Inquisition)이 믿을 수 없을 만큼 복잡한 형벌제도를 발전시키고, 형벌의 신성한 측면이 어떻게 정교하게 정치에 혼합되었는지를 살펴볼 것이다. 또한 우리는, 특히 영국에서, 개신교(the Protestantism)가 형벌을 분권화된 형태로 사용하는데 모종의 역할을 했던 것도 살펴볼 것이다. 17, 18세기 동안 영국에서는 종교가 형벌을 향상시키고 표출하는 데 중요한 역할을 했으며,

대중들의 행동, 특히 영국 런던의 타이번 교수대(London's Tyburn Tree gallows) 아래에 모인 군중들의 야비하고 히스테릭한 행동들을 설명하는 데에도 종교는 도움이 될 것이다. 이 시대는 우리가 다시 돌아가보고 싶지 않은 끔찍한 시절이다. 제7장에서 이 시대를 분석해 본다.

형벌의 기원이나 근대적인 의미에서의 형벌의 적용 모두에는 형벌의 "제도적", 아니 더 정확하게 말하면, "정치적"인 면이 있다. 형벌은 자연적으로 발생한 기원을 가지고 있지만, 그것은 또한 문명의 탄생에 있어서도 중요하다. 만약 사회의 탄생을 신화적으로 재구성된 의미를 인정한다면, 문명의 탄생은 바로 정치적인 것이다. 프로이트(Sigmund Freud)에 따르면, 몇 명의 형제들이 모여 힘으로 지배한 지도자를 죽였던 바로 그 날, 문명이 태어났다고 한다. 이러한 단순한 행위는 사회의 중심적 요소들을 만들었다. 즉 집단적인 감정, "아비"를 죽였다고 하는 죄책감, 다른 세력이 봉기할 것을 두려워하는 마음 - 이는 사회질서(원시적인 의미에서 사회질서는 누가 누구와 잠잘 수 있는가를 의미한다)에 관한 엄격한 규율을 발전시켰다 - 등등이 바로 그것이다. 이에 따라 잘 조직되고 전체를 중시하는 가족, 친족제도, 씨족조직 등등을 발전시킨 곳에서 바로 근친상간의 타부(incest taboo)가 생겨났다. '복종'의 관념은 복종의 중요한 세 가지 요소를 동반하여 생겨났다. 그것은 바로 규칙(rules), 처벌(punishment) 그리고 굴복(submission)이다. 따라서 형벌의 가장 오래된 사회적 기능은 복종에 이바지하는 처벌이다. 나는 이를 형벌의 "복종"모델이라고 칭하여 두고, 제4장, 제5장, 그리고 제6장에서 어떻게 처벌이 복종을 요하는 사회제도를 발전시키는 데에 기여하게 되었는지를 살펴볼 것이다. 여기에서 살펴볼 것들은 가족, 학교, 노예제, 군대, 종교, 그리고 형사사법이라는 사회제도이다. 우리는 복종모델이 역사를 통하여 형벌의 가장 오래되고 널리 퍼져있는 기능을 남기고 있다는 것을 볼 수 있을 것이다. 예외적으로 짧은 시대 동안 다른 형벌모델 - 나는 이것을 "상호성"(reciprocity) 모델이라고 부른다 - 이 지배했었다.

형벌의 상호성기능 역시 매우 오래된 것으로, 이는 초기 씨족제도에 대한 두번째 기능으로서 발생하였다. 복종을 위한 형벌이 씨족 내에서

널리 퍼져 있었지만, 씨족 사이에 규율이 생기게 되자 갈등과 분쟁이 생겨났다. 따라서 씨족 사이의 형벌은 고대에서와는 다른 형태를 띠었다. 왜냐하면 이것은 외관상 보기에는 평등한 자 사이의 형벌이었기 때문이다. 그러므로 씨족 사이의 불화 또는 반목이 바로 상호성 형벌의 원형이다. 여기서 두 개의 반대분파는 자신의 잘못을 다른 씨족에게 떠넘기곤 하였다. 우리는 제6장에서 결투형식의 처벌이 초기 사회, 적어도 그리스의 호머(Homer)가 살고 있던 시절에 존재하였다는 것을 볼 것이다.

형벌의 상호성 형태는 우리가 오늘날 응보(retribution)라고 부는 것의 가장 순수한 형태이다. 그러나 우리는 그것이 순수한 형태로는 남아 있지 않다는 것을 알 수 있다. 왜냐하면 사회는 "동등한 자"의 집단으로 나누어져 있지 않기 때문이다. 따라서 응보의 이름으로 내려지는 형벌은 응보의 특별한 형태이다. 즉 그것은 국가에 봉사하기 위한 응보이다. 오늘날 우리가 억제(또는 예방, deterrence)라고 알고 있는 것의 기초를 형성하는 것이 바로 복종모델이다. 제10장에서 이러한 것들과 다른 근대적 형벌모델을 논의할 것이다. 그러나 오늘날 응보는 억제 또는 예방에 "반대되거나" 또는 "대체적인" 것이라고 일반적으로 믿고 있는 것이 잘못이라고 하는 것을 알게 될 것이다. 이것들은 본질적으로 유사한 정치적 기능에 이바지한다.

형벌의 개념

20세기 영국의 언어철학자들은 형벌의 개념을 밝히는 데 주력하였고, 법학자들은 그들이 내린 결론을 이어받아 이를 확장시켰다. 그들은 "형벌의 표준적 정의"를 만들어냈는데, 아래에서 나는 이를 약간 변형시켜 다시 정의해 보도록 하겠다.[3] 하트(H.L.A. Hart)[4] 교수는 형벌의 일차적인 정의를 이차적인 정의와 구별하였다. 하트 교수는 법학

3) A. Flew, "The Justification of Punishment", *Philosophy* 29 (1954): 291-307.
4) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (New York: Oxford University Press, 1968), pp.4-5.

자이었으므로 그가 법과 관련된 형벌의 측면을 "일차적인 부분"으로 간주한 것은 이해할 수 있다. 그러나 이에 제한받지 않고 우리가 이 책에서 다루고 있는 것은 바로 오랜 기간 동안 "비법률적인" 처벌이 "법적인" 형벌보다 앞섰다고 하는 점이다. 이러한 개념정의를 제시하면서 나는 필요하다고 생각하는 부수적인 요소를 덧붙일 생각이다. 형벌의 포괄적인 개념정의를 하기 위해서 말이다.

1. "형벌은 고통 또는 통상적으로 불쾌하다고 간주되는 다른 결과들을 내포하고 있어야 한다."[5] 표면상으로 이것은 매우 직접적인 것처럼 느껴진다. 당연히 사람들은, "고통"은 무엇을 의미하는가? 신체적인 고통인가 아니면 정신적인 고통인가? 하고 물을 것이다. 앤소니 플루(Anthony Flew) 교수는 1954년 자신이 내린 정의에서 의식적으로 고통이라는 용어를 사용하지 않았다. 이것은 그 용어가 매우 복잡한 철학적·생리학적 의미를 가지고 있기 때문이라고 추측해 볼 수 있다. 그러나 만약 예컨대, 토마스 자쓰(Thomas Szasz) 교수의 고통에 대한 정의를 받아들인다면, 형벌 개념이 매우 어렵게 된다. 즉, "고통은 주관적이고 개인적인 경험이다 - 수동적으로 경험되거나 인내되는 감정이라기 보다는 적극적으로 자신에 의하여 만들어지는 것이다."[6] 자쓰 교수는 모든 신체적인 고통을 정신적인 고통으로 전환시켰다. 물론 이것은 의학적 관점에서 본 고통이다.

19세기 영국의 한 위원회가 군대에서의 채찍형(whipping)에 관하여 관찰했을 때에도 그 위원회의 위원들은, 각 범죄자에게 꼭 알맞은 채찍형이 과해졌음에도 불구하고, 채찍형에 대하여 서로 다르게 반응하였다. 그 위원회는 감옥에서의 고통을 표준화시키는 것이 매우 어렵다는 것을 인정하고 있다(제5장 참조). 범죄자가 징역형을 받고도 자신은 아무런 고통을 "느끼지 않는다"고 말한다면, 그것도 역시 형벌일 수 있을까? 물론 우리는 "그렇다"고 대답해야 할 것이다. 그것은 바로 하트 교수가 위에서 말한 정의에서 "통상적으로 불쾌하다고 간주되는"이라는 일종의 비판을 모면할 수 있는 구절을 사용했기 때문이다.

5) *Ibid.*, p.4.
6) T. Szasz, *Pain and Pleasure* (New York: Basic Books, 1975), p.xiii.

것은 다수의 판단에 호소하는 것이다.

우리는 또한 제11장에서 과학자들이 형벌의 효과를 측정한 실험에서 이와 유사한 해답을 내놓았다는 것을 볼 것이다. 강도높은 전기충격을 이용하여 피실험자의 불쾌감을 관찰함으로써 처벌이 가해졌을 때 피실험자가 실제로 고통을 느끼는가 아니면 아무런 고통도 느끼지 않는가 하는 것을 측정했다. 즉 고통스런 자극(전기충격)이라고 생각되는 것에 반응하는 것을 관찰하는 것으로 충분하다고 한다.[7]

아마도 우리가 할 수 있는 최선의 것은 처벌자의 의도에 의존하는 것일 것이다. 처벌이 처벌이 되기 위해서는 적어도 벌을 내리는 자가 벌받는 자에게서 어떤 종류의 고통, 박탈 또는 괴로움이 생길 것을 의도해야 한다. 더 특정하기 어렵다면 그 의미는 다른 측면을 살펴봄으로써 더 분명하게 될 것이다. 만약 벌을 내리는 자가 자신이 내리는 벌이 벌받는 사람에게 어떤 보상을 주거나 기쁨을 주는 것을 의도하였다면 그것은 우스꽝스러운 모순이 될 것이다. 처벌자의 의도에 관하여는 아래의 4에서 더 살펴볼 것이다.

2. "형벌[처벌]은 규칙에 반하는 위반에 대한 것이어야 한다." 규칙

---

7) 물론 고통의 문제는 여기서 끝나지 않는다. 우리는 고통을 즐거운 것이라고 생각하는 사람이 있다는 것을 안다. 실제로 자쓰 교수는 고통이 없는 인생은 결국 죽음에 가까운 인생일 것이라고 지적하고 있다. 따라서 우리는 고통이 쾌락과 완전히 반대되는 것도 아니고, 그것이 본질적으로 해악적인 것이 아니라는 것도 알 것이다. 왜냐하면 인생 그 자체에는 고통이 내재하고 있기 때문이다 – 물론 16, 17세기의 캘빈주의자(Calvinists)나 청교도 일파와 같은 경우처럼 인생 그 자체가 해악적이라고 생각하지 않는 한에서 말이다. 찰스 웨스리(Charles Wesley)가 교수대에서 부른 찬가의 한 구절을 보면, 삶 속에 내재된 죽음의 경배와 형벌이 종교적인 감정과 깊이 관련되어 있다는 것을 알 수 있다. 즉,

오, 사랑스럽게 나타나는 죽음이여!
지구 위에서는 공정한 것을 볼 수 없거니와
살아 숨쉬는 모든 즐거운 잔치를
죽은 시체와 비교해 볼 수는 없다.

삶으로서의 고통, 해악으로서의 인생, 삶으로서의 죽음이라고 하는 이 세 가지 개념과 형벌과의 관계는 이들 세 가지를 연결하는 메커니즘으로서 제7장에서 살펴볼 것이다. 거기에서는 왜 공리주의자들이 고통이 본질적으로 해악이라는 것을 조금도 의심하지 않았는지, 그리고 18세기에 대중들이 왜 그렇게 형벌에 광란적으로 반응하였는지를 문화적인 측면에서 설명해 줄 수 있을 것이다.

에는 예컨대, 법규, 학칙, 군율, 종교규율 등 많은 종류가 있다. 이 모든 것들은 사회의 기본적인 제도에 의하여 규정되고 시행된다. 규칙의 제정은 그 개념의 일부로서 (a) 규칙은 위반되는 경향이 있으며, (b) 처벌은 규칙의 표상으로서 작용한다. 다시 말해서, 형벌은 행위자나 여타의 수범자에게 규칙이 있고 그것이 위반되었다는 것을 알려준다. 형벌을 우화적으로 표현한 프란츠 카프카(Franz Kafka)의 "형벌식민지에서"(In the Penal Colony)라는 작품에서, 한 교도관은 "우리가 내린 벌은 심하지 않은 것이다. 죄수가 어떤 명령을 위반하였든지 간에 죄수의 몸에는 해로우(Harrow)라는 처형도구(카프카가 이 소설에서 고안한 처형도구 - 역자 註)가 몸에 씌워질 것이다. 예를 들어 이 죄수는 - 교도관은 그 사람을 가리키면서 - 그의 몸에 '너의 상관에게 경의를 표하라!'라는 문신이 새겨질 것이다."[8] 즉 형의 선고는 명령이고, 명령은 곧 형벌이다. 명령 또는 규칙의 定義에 포함된 본질적인 부분은 그에 따른 형벌이다.

3. "형벌은 범죄행위에 대한 실제 범죄자 또는 가상적인 범죄자에 대한 것이다." 이 책의 첫 장에서 나는 "실제 범죄자 또는 가상적인 범죄자"에 대한 형벌의 한계를 조금 뛰어넘었다. 범죄자가 아닌 사람에게 내리는 처벌은 희생적인 벌, 즉 죄없는 자에 대한 벌일 것이다. 고대에서 보여진 이러한 예는 제3장에서 살펴볼 것인데, 이러한 형태의 제물로 바쳐진 희생적 처벌은 규칙을 위반한 데 대한 다른 형태의 처벌에 선행하여 나타났거나 이러한 처벌에 영향을 주었다. 아마도 우리는 희생과 박해를 구분해야 할 것이다. 고대에는 제물로 바쳐진 희생자들이 대부분 죄없는 자인 것처럼 보였다(물론 예외는 있을 것이다). 박해는 처벌할 때 벌을 내리는 자에 의해 범죄자라고 간주된 개인들에 대한 처벌을 의미한다. 그러나 그들은 오늘날에는 "죄없는 자"로 간주된다. 이러한 예는 네로 황제 당시의 기독교인이나 규문주의 종교재판 당시의 여인과 유대인들에서 볼 수 있다.

---

8) F. Kafka, "In the Penal Colony", in F. Kafka, *The Penal Colony,* trans. Willa and Edwin Muir (New York: Schocken, 1961).

4. "형벌은 범죄자가 아닌 다른 사람들에 의해서 의도적으로 행해져야 한다." 나는 이 책의 첫 장에서 "인간"을 뛰어넘어 "초자연적인" - 원시인들이 고의적으로 자신들을 벌한다고 생각한 자연력이나 영혼의 힘 - 것을 포함시킬 필요가 있었다. 물론 이러한 많은 자연적 재앙은, 객관적으로 말하자면, "사고"라고 말할 수 있을 것이다. 그러나 중요한 것은, 역사적으로 볼 때 인간은 자연적 재앙을 의도적인 것으로 간주하였고, 오늘날에도 그러한 경향이 있다는 것이다. 따라서 그러한 사건의 발생을 의도적인 벌이라고 간주하여도 별로 틀린 것이 없을 것이다. 물론 인간이 자신을 神에 의하여 처벌받는 존재로 인식한 것은 더 설명할 필요가 없다.

"범죄자가 아닌 다른 사람"이라는 문구는, 이미 앞에서 언급한 형벌에 내재하는 주관성과 관련된 매우 어려운 문제를 덮어준다. 프로이드 이전에도 분명히 자신을 스스로 처벌하는 일단의 사람들이 있었다. 실제로 전통적인 기독교의 도덕관념은 일종의 심리적인 사회적 처벌인데, 기독교에서는 개인이 처벌의 위협을 미리 인식하고 있으며, 위협 그 자체가 벌이 된다. 이러한 구조의 복잡한 관계는 제11장에서 논하기로 한다. 하지만 심리적인 자기처벌(self-punishment)의 구조는 논외로 하더라도, 최소한 프로이트에 따르는 한, 우리는 우리가 어느 정도(정도의 차이는 각 개인에 따라 다르지만) 매조키스트(masochists)인 것을 인식해야만 한다. 우리는 새도매조키즘(sadomasochism)적인 문화 속에 살고 있다. 프로이트는 이러한 감정상태의 문화적 기원을 추적하여 "부친살해"라고 하는 최초의 범죄에 관한 고대 신화에까지 거슬러 올라갔다. 제2장과 제13장에서는 이 신화의 문화적·정치적 중요성에 관하여 살펴볼 것이다. 죄책감이라고 하는, 손으로 만져서 느낄 수 없는 감정은 이미 고대에서 생성되었다. 카프카가 자기 책에서 교도관의 입을 통해 말한 바와 같이, "죄책감은 결코 의심받지 않는 것이다." 당연히 처벌을 가할 필요성이 뒤따른다.

5. "형벌은 법제도에 따라 형성된 권위체에 의해서 범해진 범죄에 대하여 부과되고 집행되어야 한다." 형벌을 역사적으로 분석하면, 이러한 定義는 너무 협소하여 적용하기 어려울 것이다. 예컨대, 우리가

중세 동안의 여러 시기에 "법제도"라고 하는 것이 있었는가 하는 것은, 특히 처벌이 동등한 자 사이에 부과되었던 결투 상황에서는 그저 추측해 볼 수 있을 뿐이다. 한편, 형벌에는 항상 어떤 전통이 있어 왔다. 즉 "옳지 않은 것"이 결투, 재판 또는 종교적인 심판에 의하여 올바르게 바로 잡혀야 한다는 것을 용인하는 것이다. 다시 말해서, 형벌은 항상 도덕적인 규율의 중심이었다. 이러한 형벌의 역할이 19세기까지는 분명했지만, 오늘날에는 문제가 되고 있다. 분명히 근대에 들어와서는 형법을 세속화시키기 위하여 도덕적 규율로서의 형벌의 역할을 최소화시키려고 하였다.[9] 일반적으로 지적할 수 있는 점은 형벌이 불법에 대처하는 방법이라고 하는 전통으로부터 지금까지 전수되었다는 것이다. 따라서 모든 형벌에 내재하는 권위는 바로 2,000년 이상 형벌의 역사가 된다.

모든 처벌은 그 대상을 가지고 있어야 한다. 그 대상은 인간일 수도 있고 동물일 수도 있다. 제5장에서 살펴보듯이 역사적으로 볼 때 동물이 형사소추나 종교재판의 소추에서 피고인으로 중요한 역할을 해 왔기 때문에 동물을 배제할 수 없다. 오늘날 특히 가정에서 기르는 동물은 그 소유자로부터 훈련과 벌을 받아야 한다. 심리학 연구실험실에서 동물이 처벌되는 것은 물론이다. "범죄자"는 사회의 실패에 정면으로 맞선다고 간주되는 것이 보통이기 때문에, 인간이 동물을 어떻게 취급하는지를 살펴보는 것이 적절하다. 왜냐하면 전통적으로 인간은 인간의 실패를 동물에게 뒤집어씌웠다고 알려져 있기 때문이다.

---

9) H.L.A. 하트의 저서들은 이러한 접근방법의 예를 나타내 주고 있다. 형벌사상을 도덕적 강화라고 주장한 유일한 법학자는 바로 패트릭 데브린(Patrick Devlin)이다. P. Devlin, *The Enforcement of Morality* (New York: Oxford University Press, 1968) 참조. 예방론자였던 요하네스 안데네스(Johannes Andenaes)는 형벌 '이론'을 "선악의 선생"으로까지 발전시켰다. J. Andenaes, *Punishment and Deterrence* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974) 참조. 다른 예방론자들(예컨대, F. Zimmring and G. Hawkins, *Deterrence* [Chicago: University of Chicago Press, 1973])과 더불어 이러한 접근방법은 사회에서의 형벌과 도덕의 기능에 좀더 기계적으로 다가간 접근방법이다. 데브린은, 사회를 결속시키는 것은 도덕성이고(제2장에서 행한 형벌의 원시적 기원에 관한 분석은 이러한 견해를 뒷받침해 준다), 따라서 형벌의 집행은 사회의 존속을 위하여 절대적으로 필요한 것이라고 주장하였다. 형벌은 선악을 가르칠 수도 그렇지 않을 수도 있다. 이 점에 관한 자세한 논의는 마지막 章에서 논하기로 한다.

團體刑罰(mass punishment) - 즉 구성원 한 사람의 범죄에 대하여 일단의 개인들에게 형벌을 부과하는 것 - 에 대하여도 생각해 보아야 한다. 그러나 나는 이러한 예를 잘 알려진 히틀러의 비밀경찰(Gestapo)이나 군대에서 행해지는 학살의 경우만을 들어보았다. 이러한 유형의 형벌은 군형벌에서 흔히 나타나지만, 한 학생의 잘못으로 한 학급 전체가 벌을 받는 것처럼 학교의 학생들에게서도 나타난다.

형벌의 개념을 매우 폭넓게 정의하였기 때문에 - 혹자는 이것을 형벌의 "일반사례"라고 부를지도 모르겠다 - 우리는 이제 서양문명사에 펼쳐진 형벌의 개념과 그 실행을 이해할 수 있을 것이다. 이것은 본질적으로 질서와 질서의 정당성을 모색하는 이야기이다.

제2장 형벌의 발생

제2장 형벌의 발생

역사를 통해 볼 때 잔혹한 형태의 처벌은 모든 주요 문명에서 찾아 볼 수 있다. 그러나 우리는 처벌이 보편적으로 존재하고 있다고 해서 처벌이 사회에서 발생했다거나 아니면 본래 사회적인 것이라고 추정해서는 안된다. 사실 처벌은 사회보다 먼저 존재했다. 처벌은 사회적 세계는 물론 물리적 세계와 관련하고 있는 인간의 자연상태에서 발생했다. 인간이 이 세상에 병존하고 있기 때문에 처벌은 생활에 필요하고 불가결한 것이 되었다. 이 점을 이해하기 위해서는 인간과 인간세상의 원시적 기원을 이해해야만 한다.

많은 철학자들과 사회이론가들은 인간의 사회적·심리적·물질적 생활의 원시적 기원을 재구성해 보려고 하였다. 특히 19세기와 20세기 초의 사람들, 예컨대, 스펜서(Spencer), 뒤르껭(Durkheim), 맑스(Marx), 프로이트(Freud), 그리고 최근에는 프롬(Fromm), 몽태규(Montagu) 등이 바로 그러한 사람들이다. 그들이 재구성한 이론의 정확성에 대하여는 많은 논쟁이 있지만, 그 대부분은 그리 미덥지 않은 얘기들이다.

바로 이러한 성질 때문에 우리는 처벌에 관한 똑같은 문제를 언급해야 한다. 인류 문명사의 가장 초기시절은 침묵의 시대로 뒤덮여 있었다. 고고학자들은 이 시대에 관한 정보를 전달해 줄 수 있는 작은 조각들을 수집해서 이를 합쳐보려고 노력한다. 우리는 이것을 가지고 여명기의 문명이 어떠했을 것인지를 상상해 볼 수 있다. 그러나 이것은 어디까지나 상상이지 "현실"은 아니다. 그것은 신화로 재구성되었다. 그러나 이렇게 재구성한 것이 신화적이라고 해서 그것이 틀렸다고는 할 수 없다. 문화는 신화의 주변을 맴도는 법이다. 이제 원시생활을 재구성한 많은 주제들을 추적해 나아가 보기로 하자. 수백만년을 거슬러 올라서 말이다.

형벌의 자연적 기원

형벌에는 세 가지 (서로 밀접한 관련이 있는) 자연적 기원이 있다. 첫째는 인간이 대처해야 하는 거친 환경의 존재이다. 둘째는 자연환경의 변화라고 할 수 있는 자연적 재앙의 발생이다. 셋째는 종교다.

아마도 허버트 스펜서(Herbert Spencer)는 거친 환경이 인간의 발전을 위해 중요하다고 생각한 첫번째 사회이론가일 것이다. 실제로 그는 인간의 발달된 지능을 거친 자연과 대처한 결과라고 보고 있다.[1] 또한 거친 환경은 인간의 정치적·경제적 경험에도 영향을 미쳤다. 맑스는 원시사회가 희소한 자원을 얻기 위하여 경쟁하는 속에서 발전하였고, 이런 상태는 인간이 초기에 세상에서 소외된 원인이라고 지적했다. 인간은 주도권을 얻기 위하여 세상과 싸워야만 했다. 자연환경과 싸우다가 한 걸음만 내딛으면 바로 인간과 싸우게 되는 것이다. 경쟁은 바로 원시사회의 기본이었다.

이제 프로이트의 말을 들어보자. 우리는 프로이트의 가족에 관한 神話論 때문에 많은 혼란스러움을 가지고 있는 동시에 또 어떤 통찰력도 가지고 있다. 그러나 그는 다른 사회이론가와는 달리 신화의 힘과 중요성을 높이 평가했다 - 신화는 바로 인간이 자신의 과거를 상징화하고 구성하는 환상적인 능력이다. 프로이트는 문명이 사악한 범죄에서 비롯되었다고 주장한다. 바로 한 무리의 "형제들"이 집단으로 자신들의 지도자를 습격하여 그를 죽인 사건이다. ≪토템과 타부 *Totem and Taboo*≫라는 책에서 프로이트는 어떻게 이 원죄(the original crime)가 발생되었는지를 설명해 주고 있다. 그는 가장 원시적인 형태의 "지도자"를 가장 힘이 센 사람(아마도 아버지일 것이다)이라고 정의하고 있다. 그런데 그 지도자는 다른 사람들을 모두 개별적으로 (복종이 아니

---

1) 스펜서의 지능이론과 피아제(Piaget)의 지능이론은 놀랍도록 유사하다. 피아제는 기본적으로 물리적 환경을 어린 시절의 아이들에게 "처벌적인"(punishing) 것으로 보았지만, 그는 이것을 뛰어넘어 아이들은 사회생활, 특히 아이들 사이의 사회생활에서 당연히 발생하는 처벌의 결과로서 깊은 도덕적 판단감각을 발전시킨다고 보았다. 우리는 이 책의 마지막 章에서 피아제의 이론을 좀더 자세하게 살펴볼 것이다. J. Piaget, *The Moral Judgment of the Children* (New York: The Free Press, 1965) 참조.

라) 정복하고 있었다. "자식들"은 그들이 단결하면 집단이 되어 자신들의 지도자의 힘을 능가할 수 있다는 것을 알아냈다. "사회"의 결속은 자유(가장 단순하고 가장 원시적인 형태에서는 이것이 性的 자유를 의미한다)를 얻기 위한 수단으로 형성되었다. 그러나 이를 성취하기 위하여 지불한 대가가 바로 사악한 범죄, 즉 죄문화(guilt culture)의 기초가 되었다. 이 범죄에 대한 보상으로서 자식들은 새 지도자를 선출했는데, 이때에는 그들이 자발적으로 굴종했다. 엄격한 규칙이 세워졌고, 이 규칙을 깨뜨리는 자는 처벌되었다. 근친상간과 같은 性的 타부가 생겨났다. 그러나 아이러닉칼하게도 이제는 근친상간의 타부 때문에 性的 자유가 제한되었다.

물론 프로이트의 주장에 따르면, 역사와 욕망이 모두 결코 사라지지 않으며, 따라서 지도자(이제는 아버지)를 살해한 기억과 충동은 무의식속에 남아 있고, 오늘날에도 여전히 외디푸스 컴플렉스(Oedipus complex)의 형태로 남아 있다. 그러나 그것은 별개의 얘기일 뿐이다.

형벌의 기원에 관한 프로이트의 신화론은 희소한 자원을 얻기 위해 경쟁하는 단순한 인간관계를 커다란 심리학적 문제로 전환한 것이라고 말하면 충분할 것이다.[2] 이러한 원죄를 통하여 물리적인 폭력에 기반을 두지 않은 사회질서가 지속될 가능성이 생겨났다. 프로이트는 위와 같은 사악한 범죄를 재구성하여 儀式이나 타부가 어디에서 생겨났는지를 설명하려 하였다. 우리는 앞으로 이 책 전체를 통하여 타부나 형벌의 기원이 되는 이 모델을 여러 번 더 살펴볼 것이다.

---

2) 프로이트는 인간이 거친 환경과 관계하는 다른 중요한 상징적인 측면을 지적하였다. 인간이 불을 다루게 된 것을 프로이트는 중요한 심리학적 사건으로 본다. 물론 그는 불과 원시적인 충동인 리비도와의 관계를 가장 직접적인 것으로 보았다. 프로이트가 생각하기를, 원시인들에게 가장 위대한 힘은 바로 불에다 소변을 보아 불을 끄는 것이었다. 즉 가장 두려운 자연의 존재를 통제할 수 있는 것이다(불은 바로 고문을 할 수도 있고 형벌을 내릴 수도 있는 주요한 도구였던 것이다)! 도구를 처음 사용했던 것은 환경을 지배할 수 있다는 중요한 심리적 중요성을 가지고 있다. 즉 전지전능한 것을 인간이 추구하는 것이다. 이것을 심리분석해 보면 방화범의 경우에는 性不具를 그 중요한 특성으로 확인할 수 있고, 이러한 견해를 뒷받침할 수 있는 많은 자료들이 있다. 역사의 특정 단계에서의 권력을 심리학적으로 분석하는 것이 형벌 연구에 있어 매우 중요하다. 왜냐하면 사회 내에서 형벌을 정당화하거나 필요성이 있다고 가정하는 것을 떠나 처벌을 내릴 충동이 있는지 없는지를 발견하는 것은 중요하기 때문이다. 이것에 대하여는 마지막 장

에리히 프롬(Erich Fromm)은 그의 저서인 ≪인간의 파괴성 해부 *The Anatomy of Human Destructiveness*≫에서 최초의 유목민들은, 프로이트가 상상하듯, 희소한 자원을 얻기 위해 경쟁하는 무법의 "야만"집단이 아니었다고 하는 증거를 들고 있다.[3] 그는, 선사시대는 풍요한 시대였고, 자원이 희소하다는 생각은 단지 공상에 불과하다는 많은 인류학자와 고고학자들[4]의 증거를 인용했다. 이 주장에는 두 가지 결점이 있다. 첫번째 결점은, 많은 사회이론가들이 인간의 원시생활에 대하여 구축해 놓은 것이 허구임에도 불구하고, 그다지 크게 다른 점이 없다는 것이다. 왜냐하면 우리들은 신화라는 것이 역사를 움직인 커다란 힘이라는 것을 알고 있기 때문이다. 신화는 바로 문화의 소재이다. 원시 유목민들은 경쟁을 했을 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 性에 대한 욕망이나 침략하려는 충동으로 이끌어졌을 수도, 그렇지 않을 수도 있다. 자식들에 의한 부친살해의 원죄는 발생했을지도, 그렇지 않았을지도 모른다. 우리는 그 사실을 알 수가 없다.

두번째 결점은, 프롬이 주장한 희소성에 관한 내용은 완전하지가 못하다는 것이다. 만약 선사시대가 풍족한 시대였다고 하는 그의 이론이 옳다면 사람들은 당연히 왜 그럼 그런 상태가 변했는가? 왜 문명이라는 것이 시작되었는가? 즉 왜 문명은 발전의 과정을 밟았는가? 하고 물을 것이다. 프롬은 이에 대하여 역사를 통하여 전개된 엄청난 공격을 야기한, 가진 자(haves)와 가지지 못한 자(have-nots)의 특정한 사회구조를 가진 문명을 지적하고 있다. 그러나 그는 징조를 원인으로 잘못 생각하였다. 만약 선사시대의 부족이 자연이나 대인관계가 평온

에서 살펴보기로 한다.

3) 프로이트의 유목민과 원죄에 관한 이론구성은 많은 인류학자들에 의하여 신랄하게 비판받고 있다. 예컨대, A. L. Kroeber, *The Nature of Culture* (Chicago: University of Chicago, 1952) 참조. 크뢰버는 처음에 그의 논문인 "Totem and Taboo: An Ethnologic Psychoanalysis"에서 프로이트의 이론이 비과학적이고 역사적으로도 부정확하다고 배척하였다. 후에 그는 자신의 비판을 재구성하여 1939년의 논문인 "Totem and Taboo in Retrospect"에서 프로이트의 이론은 신화적이라고 간주하고 그래서 인류학자에게 흥미가 있다고 하였다. 이 두 논문은 ≪문화의 자연 *The Nature of Culture*≫이라는 저서에서 재출간되었다.

4) A. Montagu, *The Nature of Human Aggression* (New York: Oxford University Press, 1976) 및 A. Montagu, *Man and Aggression* (New York: Oxford University Press, 1968).

한 상태로 존재하였다면, 당연히 사람들은 그럼 왜 그러한 평온한 상태에서 사악한 문명이 생겨나게 되었는지를 물을 것이다. 만약 선사시대가 희소한 자원의 시대이고 만인에 대한 만인의 투쟁의 시대였다고 상상한다면, 오늘날 우리가 향유하고 있는 문명은 더 쉽게 설명할 수 있을 것이다. 프롬의 이론이 가지고 있는 중요한 논리상의 취약점은 그가 사회를 역사의 연속 외에 두었다는 것이다. 프롬은 인간이 아니라 사회가 공격을 야기했다는 것을 입증하려고 하였다.[5]

처벌은 인간을 감싸주기도 하고 배척하기도 한 물리적 환경의 자연질서에서 생겨났다고 하는 것이 바로 나의 생각이다. 인간은 자연과 완전히 분리된 것이 아니고, 그 일부인 것이다 - 즉 자연적 사물질서의 일부이다. 인간이 자신을 자연과 분리된 것으로 인식하는 능력에서 "긴장"이 생겨난다. 이것이 바로 왜 문명이 생겨나고 발전해 왔는지에 대한 이유가 된다. 동물"사회"가 자연질서의 일부로서 본능에 따라 작용하는 것과는 대조적으로, 인간은 자연질서의 일부로서 뿐만 아니라 그것에 '대항하여' 자신의 사회를 만들었다. 이것이 바로 왜 사회와 문명이 자연을 뛰어넘어 자기 스스로의 생활과 구조를 얻게 되었는가에 대한 이유가 된다.

다행히 문명의 기원에 대한 논쟁의 해결은 우리가 형벌의 원시적 기원을 찾아보는 데에는 그다지 중요하지는 않다. 모든 주요한 문명이 형벌을 사용한 피의 역사를 가졌음에도 불구하고, 그 문명들이 모두 서구 문명사회가 그랬던 것처럼 "죄의 문화"(guilt culture)를 전개하지는 않았다. 따라서 틀림없이 죄의 문화라는 이유 외에도 다른 이유가 있을 것이다. 아마도 서양 문명에서의 죄에 대한 형벌의 기원은 발생된 형벌의 유형을 설명할 수 있을 것이다. 그러나 도대체 왜 형벌이 존재하는가를 설명하기에는 충분치 않다. 다시 본래의 주장, 즉 형벌

5) 이러한 주장에서는 형벌이 공격과 동의어가 아니라는 것이 명백하다. 나는 인간이 본래 공격적이지 않다고 생각한다. 그러나 나는 몽태규와 더불어 협동과 경쟁은 모두 조직체의 공격(전쟁이나 씨족분쟁)이 발생하는 데 필요하다고 생각한다. 이는 매우 중요한 것으로, 나중에 씨족분쟁(feud)이 형벌의 역사에 기본적인 요소라는 것을 보게 될 것이다. 원시인의 협동과 경쟁에 관하여는 Montagu, *The Nature of Human Aggression* 참조. 그러나 페트르 크로포트킨(Petr Kropotkin)의 고전인 *Mutual Aid* (Boston: Extending Horizon Books, 1914)를 능가하지는 못한다.

은 인생과정의 자연적 일부임에 틀림없고(가장 넓은 의미에서), 그것은 인간이 외부환경과 상호작용하여 생겨났다는 것으로 돌아가 보기로 하자.

만약 자원의 희소성 때문에 환경이 척박하다고 하는 개념을 받아들이지 않는다면, 첫번째 나의 논점을 확대시킨 두번째 논점은 그 견해를 더 확신하게 만들 것이다. 나는 자연적 재앙의 발생과, 그것만큼 인간에게 큰 피해를 주며 자주 발생하는 물리적 환경의 변화에 관하여 언급했다. 주요 문명이 지배하고 있는 대부분의 이 세상에서는 계절의 변화가 매우 심하다. 춥고 긴 겨울이 있는 곳이면 사냥꾼인 사람은 긴 겨울동안 식량을 저장해야 하는 계획을 가지고 있어야 했다. "개미와 베짱이"와 같은 우화가 바로 이러한 자연적 문제를 분명히 예시해 주고 있다. 게다가 인간은 수대에 걸쳐 적응해야만 했다. (자신이 살고 있는 동안) 급격한 변화라도 생기면 인간은 심각하게 영향을 받았다. 만약 날씨가 너무 추우면 인간은 불을 지피든지, 대피소를 만들든지 아니면 옷을 만들어 입든지 해서 따뜻하게 해야만 했다. 너무 더우면 몸이 나른해져 둔해진다. 그러나 계절은 규칙적으로 순환되어 인간들은 계절을 미리 예측하고 이에 대비할 수 있는 법을 배웠다. 정작 문제가 되는 것은 바로 자연적인 재앙이었는데, 재앙이 많은 문제를 초래하였다는 것을 많은 역사자료에서 알 수 있다. 성경에는 수없이 많은 기근, 가뭄, 홍수 그리고 질병이 등장한다. 이는 수렵문화에서 농경문화로 바뀌었던 시대에도 나타났다. 씨앗이 자라기 위해서는 계절을 접쳐야만 했다. 만약 계절이 순조롭게 진행되지 않는다면, 씨앗은 싹을 틔우지 못하고 사람들은 굶어 죽을 것이다. 多産을 위한 性儀式이 계절과 관련된 의식과 연관되어 있다는 것을 보면 조금 놀라울 것이다. 서로 다른 많은 문화 속에서 수없이 많은 그러한 의식들이 제임스 프레이저(James Frazer)의 ≪새 황금가지 *New Golden Bough*≫[6]에 자세히 나와 있다. 그러한 증거는 너무나도 많아 우리는 계절과 물리적 환경이 내리는 자연적 "징벌" 개념을 쉽게 받아들일 수 있다.

6) J. G. Frazer, *The New Golden Bough*, ed. Theodor H. Gaster (New York: Criterion Books, 1959).

나는 이 단계에서 의도적으로 환경의 "가혹함"(harshness)이라는 말을 "징벌"(punitiveness)이라는 말로 대체했다. 그것은 우리들의 분석작업에 있어서 중요한 단계이다. 왜냐하면 그것은 어떤 일이 잘못 되었을 때 - 계절이 계획대로 진행되지 않거나 재앙이 있을 때 - 원시인이 이 세상에 대하여 해석할 수 있는 것은 오직 그 자신이 잘못을 행하여 그런 일이 생겨났다고 하는 것을 암시해 주기 때문이다. 즉 원시인은 그러한 재앙을 "자연적"인 것이라고 받아들일 수 없었다. 원시인은 자기 자신을 그 재앙의 대상으로 보았고, 이러한 의미에서 우리는 "형벌"에 관하여 이야기할 수 있다.

원시인은 단순한 마음을 가졌기 때문에, 혹자는 이렇게 물을 수도 있다. 왜 원시인은 자기 자신을 자연의 재앙과 관련시켰을까? 하고 말이다. 그 대답은 간단하다. 원시상태에서 인간은 자연의 일부였기 때문이다. 그는 물리적 환경과 一對一의 관계 속에서 살고 있었다. 따라서 환경에 어떤 문제가 생기면 그것은 바로 그 자신에게도 잘못되는 것이었다.

인간에게는 인간을 물리적 환경과 구분하는 또 다른 중요한 속성이 있다. 즉 인간은 생각을 한다. 더 중요한 것은 '목적론적으로'(teleologically) 생각한다는 것이다. 다시 말해서, 인간은 미리 앞서 계획하는 것을 익혀 장래를 위해 일을 준비한다. 처음에 어느 누군가가 계절에 미리 앞서서 준비하는 새나 동물 또는 곤충들이 생각을 가지고 의도적으로 행하는 것이 아니라 본능적으로 행한다는 것을 알았을 것이다. 인간이 단순한 생각을 가지고 있다면 왜 인간은 본능적이지 못할까? 문화라는 것이 계절이나 다른 중요한 자연의 변화모습과 관련하여 발전하여 왔다는 것을 수없이 많은 儀式에서 찾아볼 수 있기 때문에 위와 같은 의문을 누그러뜨릴 수 있을 것이다. 사실 복잡다단하고 정교한 儀式은 새들과 동물들에게서도 찾아볼 수 있다. 그러나 이러한 儀式은 계절과 관련이 있다기 보다는 짝짓기와 관련이 있다. 인간은 짝짓기 의식을 발전시켰지만 이것은 意識的으로 계절과 관계된 多産儀式으로 확대된 것이다. 이제 인간의 원시적인 목적론적 思考를 더 파고 들어가 보자. 그것은 인간이 미리 앞서 생각하고 계획하는 것을 배

우며 자연이 어떤 방식으로 움직여 갈지를 예상했을 뿐만 아니라, 과거로 돌아가 과거를 해석할 수 있었다는 것을 의미한다.

여기서 우리는 인간을 처벌받는 대상으로서 설명할 수 있게 된다. 인간은 자연의 일부인 동시에 목적론적 해석자이기 때문에, 원시인이 "자연에 뭔가 잘못되었다"고 생각하면 그는 두 가지의 중요한 결론에 이르게 된다. 즉, (1) 그것은 곧 "나한테 무엇이 잘못되었다"라는 것과, (2) "내가 무언가 잘못을 행했다"라고 하는 것이다.

왜 인간은 의도를 자연의 탓으로 돌리지 못하는가? 물론 인간은 자연의 탓으로 돌린다. 그리고 여기서 우리는 잠시 종교의 원시적 기원을 고려해야만 한다. 왜냐하면, 서양인이라면 잘 알고 있겠지만, 형벌과 종교는 오랜 세월에 걸쳐 지속적인 우호관계를 유지해 왔기 때문이다. 사실 형벌과 종교는 모든 문명과 모든 문화 속에서 서로 밀접하게 관련되어 왔다. 앞으로 제4장에서 다루어지겠지만, 역사상의 기록을 보면 과도한 형벌의 사용은 반드시 종교적인 광신을 동반하고 있다. 또한 근대 형법이 점차 세속화되었지만 그럼에도 불구하고 초기의 종교적인 교리와 금지에 기반을 두고 있다는 것이 중요하다. 종교의 원시적 기원을 조사하면, 형벌을 내리는 동기와 형벌이 수세기 동안 취해온 형태를 통하여 형벌의 기본요소를 밝혀내는 데에 도움이 된다.

형벌과 원시종교

에밀 뒤르껭(Emile Durkheim)은 원시종교를 自然崇拜主義(naturalism)와 精靈信仰(animism)이라고 하는 두 가지 가장 일반적인 이론으로 설명했다. 자연숭배주의는 원시인들이 태양, 행성, 달, 별, 동물이나 바위와 같은 "위대한 우주의 자연력"에다 신성하고 특별한 儀式을 결합시킨 것을 의미한다. 정령신앙은 인간의 눈에는 보이지 않는, "존재하지 않는" 정신적 존재, 즉 영혼, 귀신, 또는 신들에게 신성한 의미를 부여하는 것을 의미한다. 이것은 바로 정신의 종교이다.[7]

뒤르껭은 이러한 두 개의 이론이 현대의 또는 "문명화된" 종교의 실

질적인 측면이기 때문에 원시종교를 설명하는 데에는 부적절하다고 하여 이 두 이론을 배척하였다. 그러나 프로이트의 견해를 따른다면 뒤르껭의 비판은 잘못된 것이다. 왜냐하면 종교의 이러한 측면이 '원시적'이기 때문에 이 두 이론은 현대문화의 하부구조로서 존재하기 때문이다.

나는 앞서 원시인들이 자연의 질서를 해석할 때 자신들을 자연과 분리시켰다고 주장했다. 그렇게 함으로써 인간은 스스로에게 자연의 객체성을 부여했다. 왜냐하면 인간은 스스로를 자연의 질서와 구분했기 때문이다.[8]

그러나 자연숭배주의와 정령신앙에 관한 문헌들이 우리에게 보여주는 것은 인간이 자연과 동떨어지기는커녕 자연과 매우 밀접하게 놓여 있다는 것이다. 왜냐하면 - 이것이 바로 가장 중요한 점이다 - 원시인들은 생물과 무생물을 구분하지 않았기 때문이다. 원시인들에게 현실로 나타나는 것들은 모두 생명을 지니고 있었다(이것은 마치 어린애들의 눈에 비친 것들이 모두 생명을 지닌 것으로 비춰지는 것과 같다).

우리는 여기서 다시 시간의 연속성에 주의를 기울여야 한다. 원시인들이 항상 정령신앙에 빠져 있을 수는 없었을 것이다. 왜냐하면 인간이 진화되어 온 수백만년의 세월 동안 인간은 정신적인 의도나 목적을 지니지 않은 자연의 일부라는 것을 누구라도 상상할 수 있기 때문이다. 원시인이 목적론적으로 생각할 수 있는 능력, 즉 지능을 발전시킴으로써만 점차로 스스로를 자연과 분리하기 시작하였다. 그러나 자연

7) E. Durkheim, *The Elementary of Religious Life* (New York: The Free Press, 1965). E. B. Tylor, *Primitive Culture* (London: J. Murray, 1920)는 본래의 정령신앙 이론을 발전시켰다.

8) 여기서 나는 갈릴레오가 살던 시대 이전에 신봉되었던 의미에서 인간이 스스로를 우주의 중심으로 간주하였다는 것을 주장하는 것은 아니다. 그때는 인간이 스스로를 자연의 질서와 완전히 분리시켰던 시대였다. 실제로 자연은 원시적인 의미에서(즉, 자연적 질서) 질서지어진 것으로 간주된 것이 아니라, 자연은 오히려 신앙 때문에 신앙의 산물로서 간주되었고, 신앙은 인간을 주제로 한 상상과 금지가 幻影처럼 흘러들게 되어 스스로의 특성을 띠게 되었다. 이러한 상황은 다윈이 인간은 바로 전체 생명의 種 가운데 일부분이고, 神에 의하여 창조된 것이 아니라는 것을 제시할 때까지 계속되었다. 다윈 이전에 인간은 자연의 객체라기보다는 신앙의 객체였다. 이것은 앞으로 간략하게 살펴보는 바와 같이 그때까지 조화가 되지 않은 형벌과 중요한 연속성을 가지고 있는 것이었다.

의 일부로서 수백만년이 흐른 뒤 그 어느 중간 시기에 인간은 자연과 밀접하게 남아 있으려는 시도로서 자연에 특별한 의도와 사고과정을 부여함으로써 인간 이상의 것으로 재해석하게 되었고, 사물이 생명을 지니게 된 것이다.[9]

다른 이유도 있다. 레비-스트라우스(Claude Levi-Strauss)를 비롯한 다른 사람들은 동물이나 조류가 인간과는 다른 능력을 가지고 있다고 지적하였다. 새는 하늘을 날 수 있지만, 인간은 그렇지 못하다. 인간이 태양, 달, 별, 천둥이나 번개와 같은 대자연은 물론이거니와 새와 같은 생물체에 사고과정이나 특별한 힘을 부여한 것은 그리 놀라운 일이 아닐 것이다. 이러한 모든 자연현상은 오늘날의 인간에게 일종의 경외심을 불어넣어 주고 있다. 이러한 것들이 자신이 대자연의 일부인지 아니면 대자연과는 구별되는 것인지를 확신하지 못하는 원시인들에게는 영혼사상을 자극시키기에 충분했을 것이다.

이러한 모든 요소들을 고려해 볼 때, 원시인들이 예컨대, 기근이 닥쳤을 때, 자신이 어떤 잘못을 저지르거나 아니면 자신의 잘못 때문에 대자연이 의도적으로 자신을 벌한다고 생각하여 그것을 합리화시켰다. 성경을 보면 이렇게 합리화시킨 예들을 수없이 많이 찾아볼 수 있다.

정령신앙은 처벌이 취하고 있는 원시적 형태와 관련되어 있기 때문에 고려할 만한 가치가 있다. 즉 그것은 바로 죽은 자에 대한 숭배, "조상숭배"의 儀式이다. 타일러(E. B. Tylor)는 "(인류 역사상) 최초의 儀式은 바로 장례식이었고, 최초의 희생은 죽은 자의 욕구를 만족시켜 줄 음식을 제공하는 것이었으며, 최초의 제단은 바로 무덤이었다"고 기술하고 있다.[10] 원시인들이 생각한 죽음의 개념은 죽음 뒤의 삶이었다고 쉽게 받아들일 수 있다. 그 이유는 원시인들이 "두 개의 삶", 즉 하나는 깨어 있는 삶이고, 다른 하나는 잠들어 있는 삶을 영위했기 때문이다. 그러나 예컨대, 원시인이 멀리 떨어진 마을에 사는 친척을 만

9) 오늘날 우리의 문화는 이것을 뛰어넘어 사물을 생명이 있는 것으로 보기에는 어려움을 느끼게 되었고, 더구나 사물의 다이나믹한 성질을 과학적으로 발견하기에 이르렀다. 보통사람들에게 있어서 사물은 생명이 없는 죽은 것이다.

10) Tylor, *Primitive Culture*, p.481.

나는 꿈을 꿀 때면 그는 그가 실제로 그 마을을 찾아간 것으로 믿었다. 따라서 원시인들은 자기 자신의 몸을 떠나 그 나름대로의 삶을 영위하는 정신, 즉 "영혼"을 가지고 있다고 믿었다. 이것이 바로 원시인들이 죽음은 잠과 비슷하기 때문에 죽은 자의 영혼이 계속해서 살아 있다고 믿은 첫번째 논리적 단계였다. 이에 따라 죽은 자의 제단에 음식을 바치게 된 것이다.

그러나 원시인들이 영혼의 삶을 단순히 일상생활의 다른 측면이라고 받아들였다면, 왜 그들은 조상을 숭배하는 일을 벌여야만 했을까? 특히 죽은 자의 시신이 부패된다는 명백한 증거 앞에서 그들은 "영혼"이 신체 속에 내재하고 있다면 왜 몸이 죽을 때 영혼도 같이 죽는다는 결론을 내리지 못했을까? 사실 이러한 물음에 대하여는 죽은 신체는 해골의 형태로 오래도록 영속한다는 대답을 바로 내릴 수 있다. 따라서 죽은 자의 신체는 쉽게 사라지지 않는다. 영혼은 바로 시체 속에 내재한다고, 아니면 뼈라고 하는 시체의 일부로 남아 있다고 믿어진 것이다. 다음의 제3장에서 살펴보는 바와 같이 특히 어떤 불법과 관련되어 있는 경우 원시인들은 죽은 자의 뼈를 부숴버리는 관습을 가지고 있었다. 이것이 의미하는 것은 바로 죽음 뒤의 처벌도 원시인들에게는 살아 있을 때의 형벌만큼이나 중요했다는 것을 의미한다. 그리고 다음 章에서 살펴보는 바와 같이 죽은 자에 대하여 형벌을 집행하는 관행은 18세기까지도 흔히 행해졌다.

요컨대, 원시인들의 종교적인 처벌에는 두 가지 기원이 있다. 그것은 바로 자연과 영혼이다. 자연은 원시인이 범했다고 생각하는 잘못에 대하여 의도적으로 벌을 내렸고, 영혼은 원시인이 죽은 자의 영혼에 대하여, 아니면 죽은 자에 대하여 직접적으로 범한 잘못 때문에 의도적으로 처벌했다.

질서의 원시적 기원

이제 형벌의 세번째 기본적인 요소에 대하여 가설을 세워보도록 하자. 나는 처벌이 물리적인 환경(즉, 벌은 "우연히 발생하는 것"이 아니라 오히려 자연이 가하는 것이라는 것)과 초자연적인 환경(즉, 영혼이 벌을 가한다는 것)을 인간이 인식한 결과로서 자연적으로 발생되었다고 주장하였다. 이렇게 원시인들은 스스로 만들어 놓은 것을 목적론적으로 해석함에 따라 어떤 것을 달래는 의식을 발전시키고, 사물, 동물, 특정지역이나 특이한 행동을 신성시하였다. 이러한 신성화 과정에 부정적인 측면으로 등장한 것이 바로 '타부'(taboo)이다. 반면 긍정적인 측면은 '숭배 내지는 경배'(worship)라고 할 수 있다. 우리들의 관심은 주로 형벌이기 때문에 부정적인 요소인 타부가 우리의 관심을 끈다.

혹자는 왜 도대체 타부가 생겨났을까 하고 물을 것이다. 만약 원시인들이 자연이나 "초자연"에게 무엇인가 잘못된 데 대하여 자신을 비난하였다면 이러한 대상들과 관련해서 원시인들이 발전시킨 儀式은 무엇을 해야 하고, 무엇을 해서는 안된다고 하는 명령으로 體化되었다고 충분히 생각할 수 있다. 실제로 "옳은" 행동과 "그릇된" 행동을 윤리적인 측면에서 구별해 두지 않은 문화란 없을 것이다. 모든 것이 "인정된" – 즉 숭배 – 사회는 거의 상상할 수가 없다. 논리적으로 생각해 볼 때 신성시된 땅은 그것과 관련된 특별한 행동구조를 전제로 했다고 추측할 수 있다. 예컨대, 그 땅 위로 걷는 것조차 금지되었을지도 모른다. 신성한 것을 만들어 놓았다는 것은 논리적으로 생각해 볼 때 인정된 것과 부정된 것을 만들어 놓았다는 것을 의미한다. 다시 말해서 원시문화 속에서 儀式은 금지가 내포된 규칙이었다. 그리고 그것이 금지의 형태로 나타났다면 처벌은 바로 그것에 필수적으로 동반된 결과였다.[11]

물론 반드시 儀式과 연관되지 않은 다른 금지형태도 있다. '기능적

---

11) 프로이트는 금지가 죄책감(guilt)의 결과로서 발생했다고 주장했다 – 문화적인 차원에서 볼 때 죄책감은 아비를 죽이고 그 살을 먹은 원죄에 대한 죄책감이다. 제사 또는 강박관념은 이러한 억압된 충동에 대하여 보호하는 데 필요했다. 인간은 살인이라는 욕구를 억제하는 데 이바지하기 위하여 처벌을 필요로 했던 것이다.

금지'(functional prohibitions)라고도 불리우는 이러한 금지는 부족의 경제적인 안녕을 위하여 필요하다. 트로브리안드 섬(Trobriand Island) 주민들을 연구한 말리노브스키(Bronislaw Malinowski)의 저서를 보면 이것을 분명하게 언급해 두고 있다. 그 섬사람들은 모두 각자 그 문화의 전체 경제활동의 일부로서 해야 할 임무와 역할을 가지고 있다. 그러나 이 지역에서 처벌은 거의 행해지고 있지 않은데, 그 이유는 각 개인이 잘 사회화되어 있어서 자신의 경제적 역할을 수행하지 않는 경우가 전혀 발생하지 않기 때문이다. 경제적인 측면에서 볼 때 인간은 문화와 분리될 수 없다. 즉 인간은 문화의 일부이다. 이와는 대조적으로 처벌이 발생할 때에는(물론 이 처벌은 스스로 집행된다) 처벌이 타부의 영역에서 비경제적인 활동과 관련이 있었던 것이다.

그러면 첫번째 발생한 타부는 무엇이었을까? 그것을 아는 것이 우리들에게 중요한가? 이에 대한 질문은 형벌의 다른 중요한 구성요소와 중요한 발전단계를 알려준다는 측면에서 중요하다. 즉 타부로 인식되는 현상을 알 수 있고, 그와 함께 타부를 구성하는 사람이나 행동을 알 수 있게 된다. 어쨌든 형벌은 추첨을 하듯 그렇게 우연히 사람들에게 적용되는 것이 아니다. 형벌이 부과되는 것은 특별한 사람들이다. 또한 고도의 복잡한 체계(형법)가 발전하여 특정한 행위에 대하여만 형벌을 부과하도록 하였다.

여기에서 잠시 본론을 벗어나 논란의 여지가 많은 토템신앙(totemism)에 대하여 논해보기로 하자. 토템신앙은 가장 원시적인 형태의 사회조직과 사회질서의 하나이다. 이것은 형벌이 사회의 제도를 유지하는 데 필요한 것이고, 또 토템신앙 체계는 원시적인 형태의 사회제도라고 주장되기 때문에 논란이 분분한 분야이다. 실제로 제1장에서 보았듯이 형벌이 권력을 가진 자 또는 집단이 인정한 제도에 의하여 집행되어야 한다고 하는 가정은 형벌에 대한 定義의 일부분으로 제시되었다.

오랜 세월 동안 토템신앙은 원시종교의 기본적인 요소로 간주되었다. 프레이저(Frazer)의 기념비적인 작품인 ≪토템신앙과 族外婚 *Totemism and Exogamy*≫에서는 토템신앙에 관해 알려진 모든 사실들이

일목요연하게 정리되어 있는데, 이러한 사실들은 토템신앙의 본질에 관하여 전제된 세 가지 가정에 기반을 두고 있다. 즉 토템신앙은 다음과 같은 세 가지 종류의 현상으로 구성되어 있다고 한다. 그것은 바로 씨족의 조직, 동물과 식물에 특정한 표상을 부여하는 것, 그리고 씨족과 그 동식물 사이의 연관성에 어떤 믿음을 갖는 것이다. 모든 원시사회가 일정한 씨족의 형태로 조직되었고, 족외혼은 모든 문화의 기본적인 법칙이었으며, 이 법을 위반하면 처벌받았다고 하는 증거들이 많이 수집되어 있다. 후에 뒤르껭이 제시한 가정에 의하면,[12] 토템신앙의 핵심적인 요소는 바로 종교적인 정서라고 한다. 즉 씨족의 구성원은 매우 강력한 응집력에 의하여 결합되고, 토템신앙의 대상이 되는 동식물들은 신성한 것으로 취급받으며, "조상에 대한 제사" 숭배는 널리 유행하게 되었다. 뒤르껭은 이에 따라 처벌이 집단의 결속력을 강화시켜 주었다고 주장하였다.

그러나 레비-스트라우스가 토템이론을 신랄하게 비판한 바와 같이,[13] 이러한 세 가지 요소들을 결합시키는 힘이라고 가정된 종교적인 정서는 차치하고라도, 뒤르껭이 주장한 만큼 이러한 것들을 어디서나 관찰할 수 있는 것은 아니다. 예를 들어, 레비-스트라우스는 톰슨 강의 인디언들(Thompson River Indians)은 토템신앙의 대상이 되는 동식물을 가지고 있지만 씨족을 형성하지는 않고 있다고 하였다. 또 북아메리카의 원주민인 이로쿼이族(the Iroquois)은 토템이 아닌 동물의 이름을 딴 씨족을 형성하고 있다. 호주의 원주민들도 동식물의 토템을 가지고 있는 것이 아니라 우주와 대자연(태양, 별, 바람 등) 또는 특이한 행동(예컨대, 웃음)을 토템으로 가지고 있다. 이러한 이론의 불일치가 어떻게 조화될 수 있을까?

뒤르껭은 토템체계를 토템이나 표상 그 자체라고 설명하였는데, 이것은 씨족의 도덕적인 정서에 의하여 부여되는 것이다. 그런데 이러한 정서가 토템을 만들어내는 것인가 아니면 그 반대인가? 또 왜 이러한 정서가 씨족제도를 만들어내는가? 뒤르껭은 토템이 정서의 산물이자

12) Durkheim, *Elementary Forms of Religious Life*.
13) C. Levi-Strauss, *Totemism*, trans. Rodney Needham (Boston: Beacon Press, 1962).

원인이라고 가정하였기 때문에 혼란을 초래한 것이다. 그러나 그는 이러한 설명을 뛰어넘어서 왜 이러한 정서가 씨족제도로서 표현되는지를 설명하지 못하였다. 분명히 강력한 사회적 정서는 한 부족을 여러 계층으로 분산시키기보다는 하나로 결속시킬 것이다.

프로이트는 "性的 욕구는 인간을 결합시키는 것이 아니라 분산시킨다"[14]고 말하여 이 문제를 설명하였다. 다윈이 생각한 인간의 前社會的 유목생활에 근거하여 프로이트는 남자 가운데 가장 힘이 센 사람이 많은 아내를 거느린다고 추측하였다. 그 나머지 얘기에 대하여는 이미 언급한 바가 있다. 최초의 아비는 살해되어 그 육신이 도륙당했다. 즉,

> 아마도 인류 최초의 축제였던 토템 축제는 위와 같이 잊어버릴 수 없는 범죄행위를 되풀이하고 기념하기 위한 것이었을 것이다. 이러한 축제와 함께 많은 것들, 예컨대, 사회조직, 도덕적 제약, 그리고 종교 등과 같은 것들이 비롯되었다.[15]

그로 인하여 생겨난 사회조직이 바로 토템제도를 체계화한 것이다 - 즉 이것은 아버지에 대한 사랑과 증오를 동물에게 이전시키는 것으로, 정신분석가들은 흔히 아동들에게서 이러한 과정이 관찰된다고 보고하고 있다. 동물사회는 분명히 계급과 種에 따라 조직되어 있다. 이를 보고 인간은 인간의 사회조직에 동물세계를 반영하여 발전시켰다. 그 결과로 나타난 도덕적 제약은 일반적으로 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉 근친상간의 타부와 족외혼이 그것인데, 이것들은 씨족 내부에서는 성행위가 발생되지 않을 것을 요구한다. 따라서 씨족은 계속하여 결합될 수 있으며, 아비를 죽이고자 하는 반란이 일어날 가능성도 배제되는 것이다. 다른 유형의 타부는 신성시된 토템을 숭배하는 것과 관련되어 있다. 예컨대, 만약 그 대상이 동물이라면 (특별한 제사인 경우를 제외하고는) 먹어서는 안된다거나 그것을 만져서도 안된다고 하는 것 따위이다. 물론 종교가 형성된 것은 이러한 양 측면에 관련되어 있고 이와 더불어 자식들 사이에 죄책감이 팽배하게 된 것도 덧붙

14) S. Freud, *Totem and Taboo,* trans. A. A. Brill (New York: Random House, 1918), p.185.
15) *Ibid.,* p.183.

여진다.

그러나 레비-스트라우스는 이러한 모든 것들이 전혀 사실무근이라고 하여 이것을 배척하였고, 더욱이 정서나 감정은 토템제도의 원인이 아니라 결과라고 주장하였다. 이 점에 대하여 그가 토템신앙을 분석해 놓은 것은 매우 중요하고도 도전적인 것으로 이는 우리들로 하여금 형벌 문제의 핵심으로 몰아넣고 있다. 그것은 옛날이나 오늘이나 마찬가지이다.

레비-스트라우스는 호주의 원주민들이 암수 한 쌍의 동물을 토템으로 삼은 것을 지적하였다. 그는 매우 놀랍지만 명백한 사실을 관찰하였다. 즉 만약 두 명의 원주민들이 두 마리의 서로 다른 동물(즉, 서로 다른 씨족)을 토템이라고 선언하였다면, 그 원주민들에게 중요한 것은 그 '동물'이 아니라 바로 암수 '한 쌍'으로 되었다는 점이라고 레비-스트라우스는 주장하고 있다. 이것은 특별한 것을 의미한다. 즉 지능이 발달하여 서로 다른 반대의 性을 하나로 화합시킨다는 원칙을 만들어낸 것이다. 이러한 원칙은 모든 언어와 문화에서 찾아볼 수 있다. 예컨대, 남성과 여성, 여름과 겨울, 낮과 밤, 陽과 陰 등이 그러한 예이다. 따라서 토템신앙은 사람들에게 중요한 지적인 기능을 행한다. 즉 인간으로 하여금 세상을 통합시키게 하는 것이다. 그것은 일종의 이해이다. "자연의 種은 그것이 '먹음직하기' 때문에 선택되는 것이 아니라 '생각하기에 좋기' 때문에 선택되는 것이다."[16]

레비-스트라우스는 토템이 세상을 합리적이고 지적으로 해석하는 은유(metaphor)라고 생각했다. 이와는 대조적으로 프로이트는 토템이 인간의 사악한 욕망을 억제하는 상징, 즉 죄책감의 상징이라고 해석했다. 그리고 뒤르껭은 토템을 사회적 정서와 결부된 외적인 표상일 뿐이라고 보았다. 그러나 그 사회적 정서의 "본질"이 무엇인지는 알 수 없고, 알 수 있다고 하여도 정의내릴 수 없다.

이제 우리는 모든 문제의 근본에 도달해 있으므로 형벌에 대한 이 모든 것의 중요성을 인식할 수 있다. 프로이트나 레비-스트라우스는 사회질서의 문제를 정신 또는 마음으로 보았다. 레비-스트라우스는 본

16) Levi-Strauss, *Totemism*, p.89.

능이나 감정의 충동이 지니는 근본적인 중요성을 자의적으로 배척하였지만, 그것은 토템제도의 결과로서 발생한 것이라고 보았다. "감정은 중립적인 관습이 침해되었을 때에만 발생하는 것이다"[17]라고 그는 말했다. 이와 대조적으로 프로이트는 감정, 더 정확히 말하면 억압에 따른 공격의 절정을 관습의 원인으로 보았으며 이와 동시에 全범위의 토템제도라고 보았다. 이 두 사람들은 인간이 사회질서를 창조하였다고 말하였지만 자연이 포함되는 범위에 대하여는 그 근거와 암시하는 바가 서로 달랐다.

루소(Rousseau)가 주장하였듯이, 인류학의 문제는 자연으로부터 문화에 이르는 통로를 설명하는 것이다. 프로이트나 레비-스트라우스는 그 통로가 바로 인간정신이라고 하였다. 그러나 프로이트는 인간과 자연을 더 분리시켰다. 왜냐하면 인간이 창조하는 사회질서는 자연 그 자체를 해석하지 않은 채 거의 전적으로 인간에게 내재하는 본능의 산물이기 때문이다. 다시 말해서, 인간과 인간의 최초문명은 자연 속으로 파고 들어가 버렸기 때문에 인간은 그 속에 머물면서 머리를 써가며 그 조각들을 맞추려 했다. 레비-스트라우스는 자연으로부터 문명에 이르는 통로를 더 연구했다. 인간은 격정에 의해서 행동하는 것이 아니라 오히려 관조하거나 관찰하면서 머리를 써서 행동한다. 그는 자연을 연구하였는데, 그는 자연질서를 관찰했을 뿐만 아니라 사회적으로 다른 사람과 관련시키는 방법에 대하여 은유적으로 해석했다. 따라서 인간은 사회질서를 창조하였지만 그렇게 하도록 충동된 것이 아니라 자연과 사회생활 그리고 인간 자신을 관찰한 것에 기반을 두고 반영하였다.

사회질서에 대한 이러한 두 가지 관점은 형벌을 암시하는 데 있어서 매우 중요하다. 우리는 형벌이 통제를 벗어나지 않도록 그 사용을 계속해서 감시해야 하는 형벌이 죄책감과 억압된 감정의 산물인가 하는 문제에 직면해 있다. 아니면 형벌은 사회에서의 합리적이고 관조적인 과정인가? 앞으로 제8장에서 보는 바와 같이, 형벌에 관한 주요한 문헌들은 후자의 견해로 기울어지고 있다. 대부분의 형벌이론은 형벌의 사용을 정당화하기 위한 합리적인 시도이다. 그러나 이와 동시에 많은

---

17) *Ibid.*, p.70.

형벌이론들은 프로이트나 뒤르껭이 했던 것과 같은 가정을 하고 있다. 즉 형벌의 필요성은 사회질서를 강화하고, 萬人의 萬人에 대한 투쟁을 예방하는 것이라고 말이다.

형벌과 사회질서에 대하여 마지막으로 고려해야 할 점이 있다. 가장 단순한 형태의 사회질서는 하부에 종속된 집단들이 유일한 지도자에게 직접 복종하는 것이다. 그러나 여기에서조차도 차별화하기 위한 수단으로서 "질서"라고 하는 말을 사용할 필요가 있다. 한 문화 안에서 차별화가 시작되면(그것이 바로 족외혼을 전제조건으로 하는 문화에서 계급이 분화되는 토템제도이다), 사회질서는 훨씬 더 복잡한 양상을 띠게 된다. 지도자에 대한 복종이 필요할 뿐만 아니라, 관습에 대한 복종도 필요하다. 게다가 거대하고 다양한 배타집단 사이에서의 복잡한 관계는 상당히 많은 규제를 필요로 한다. 따라서 토템제도가 어떻게 발생하는가에 관계없이 뒤르껭의 주된 논점, 즉 "일단 사회가 형성되면 그 구성원들에게 수없이 많은 요구를 한다"고 하는 것이 간과되어서는 안된다. 말하자면 사회는 스스로의 삶을 발전시켜 나가는 것이다. 이와 마찬가지로 영혼도 전지전능한 인간의 사고력으로 인하여 스스로의 삶을 발전시킨다. 뒤르껭이 관찰하였듯이, 영혼과 神은 자신을 숭배하는 자들에게 많은 것을 요구한다. 왜냐하면 영혼과 神이란 바로 자연을 극복하기 위한 수단으로 인간이 창조했기 때문이다. 인간은 자신이 창조한 영혼 때문에 막대한 부담을 안고 있다. 인간은 일정한 쾌락을 포기해야 하고, 일정한 타부와 금지명령을 준수해야 한다. 대부분의 종교가 신앙생활의 방법으로 일정한 형태의 금욕을 개발한 것도 이에 따른 것이다.

이와 마찬가지로 사회도 일단 형성되면 인간에게 계속하여 많은 것을 요구하게 된다. 뒤르껭은 일단 어떤 금지명령이 만들어졌으면 그것은 집행되어야 한다고 말하였다. 인간에게 해악을 초래하는 형벌은 바로 인간 자신이 만들어 놓은 사회라고 하는 괴물에게 더없이 좋은 먹이가 된 것이다.

제3장 신성한 형벌유형

제3장 신성한 형벌유형

우리는 간략하게나마 원시생활에서 왜 형벌이 필요했는지 그리고 왜 당연히 생활의 일부분이 되었는지를 살펴보았다. 일반적으로 말해서 우리는 처벌하려는 충동과 필요성이 어디에서 연원하는지를 알았다.

인간은 자연을 해석할 수 있는 능력을 가지고 있기 때문에 문화를 형성하는 사회와 사회적 관계의 형태로 자연질서를 재창출한다. 결국 두 가지 영역의 문화가 이러한 해석적이고 은유적인 과정에 의하여 만들어진다. 즉 다산, 예배, 타부, 토템사상, 애니미즘 그리고 자연숭배사상 등과 같은 儀式과 祭祀의 형태에서 나타나는 신성함과 가족, 노예, 학교, 형법, 군대와 같은 사회적 제도에서 나타나는 제도화가 그것이다. 이 章에서 우리는 신성한 형벌의 형태를 고찰해 볼 것이고, 다음 章에서는 제도적인 형태를 살펴볼 것이다. 그러나 이러한 구분은 결코 형벌의 유형을 구별하려고 하는 것이 아니라는 것을 알아야 한다. 대부분의 형벌은 儀式과 제도의 기능으로 해석될 수 있다.

우리는 제2장에서, 죽음이 종교적인(혹은 신성한) 금지의 기원에 중요한 역할을 했으므로, 신성한 형벌유형에 관한 방대한 양의 자료가 사형의 사용과 관련되어 있다는 것을 알았다. 게다가 모든 공식적인 형벌의 가장 오래된 형태인 사형은 고대부터 19세기까지 서구사회의 중추적인 형벌이 되어 왔다. 이러한 이유 때문에 나는 이 章에서 주로 신성한 형벌유형인 사형에 관하여 살펴볼 것이고, 고문과 신체형에 대한 논의는 나중으로 유보해 두려고 한다. 왜냐하면 고문이나 신체형은 흔히 제도화된 구조 속에서 사용되었고, 자백을 받아내는 것과 같은 일정한 목적을 위하여 사용되었기 때문이다. 따라서 고문이나 신체절단과 같은 것은 사형을 집행하는 다양한 방법과 관련될 때에만 언급할 것이다.

복수의 신성한 기원

사형을 연구한 한 역사학자는 "목숨을 빼앗는 것은 개인적인 복수의 원시적이고 숭고한 희생행위였다"[1]고 기술하고 있다. 우리는 죽음(다른 사람에 의해졌건 아니건 간에)이 인간이 자신을 둘러싸고 있는 세상과의 관계에 관하여 심각한 정신적인 문제를 야기시키고, 이에 따라 불가피하게 죽은 자가 계속해서 영생해 나가는 환상적인 세상을 구축하게 된 것을 보았다.

따라서 다른 사람을 의도적으로 죽인다는 것이 반드시 살인자를 완전히 안전한 영역 속에 두는 것은 아니었다. 왜냐하면 살아있는 생명을 죽임으로써 살인자는 죽은 자의 영혼을 해방시키는 것이기 때문이다. 원시생활에서 죽은 자의 삶은 (보편적인 것은 아니지만) 가족의 儀式制度에 결속되는 경향이 있다. 고대 사회에서 어떤 자를 죽인다는 것은 신화를 가진 가족의 일부를 죽이는 것뿐만 아니라, 그 가족의 정신적인 부분을 덧붙이는 것이기도 했다. 이것은 다른 사람을 죽이는 것이 정당화될지라도 아니면 사고에 의한 우연적인 것일지라도 "사실"로서 받아들여졌다. 그리스 신화에서는 종종 "범죄자"가 어떤 상황이나 의도가 고려되지 않은 채 살인 또는 다른 비행행위의 객관적인 행위에 대하여 神에 의해 처벌되곤 한다.[2] 어찌되었든 간에 복수의 중요한 측면은 그것이 다른 것과 동떨어진 행위가 될 수 없었다는 것을 알 수 있다. 따라서 당연히 가족 전체는 당연히 이러한 복수과정에 개입되었다.

복수는 또한 강렬한 개인적인 의무(호머시대의 사람에게는 절대적인 의무)였고, 가족만을 위해서 행해지지는 않았다.[3] 그것은 끝까지 수행되어야 할 과정이었다. "땅은 피를 빨아 마시면서 기름져진다. 피는 지울 수 없는 것이고 복수를 부른다."고 그리스의 비극시인 아이스킬루스(Aeschylus)는 적고 있다.[4]

---

1) J. Laurence, *A History of Capital Punishment* (New York: Citadel Press, 1960), p.1.
2) E. Miraux, *Daily Life in the Time of Homer* (New York: Macmillan, 1965), p.180.
3) *Ibid.*
4) *Ibid.*, p.176.

대부분의 저술가들은 복수와 결투과정이라고 하는 자기파괴가 사회적으로 내재하고 있기 때문에 "시민들의 재판"이 형벌집행에 개입되거나 군주의 간섭이 필요했다고 주장하고 있다.[5] 그러나 어떤 이들은 개인적인 복수와 공개재판은 모두 함께 존재했었다고 주장하고 있다. 그러나 불행하게도 이러한 논쟁을 종식시키기 위한 충분한 자료가 없다. 나의 견해로는 공개재판이 개입되기 위해서는 최소한 복잡한 형태의 공공정부나 사회구조가 이를 집행하는 데 필요했을 것이라고 생각한다. 따라서 복수는 (a) 개인적으로는 절대적인 신성한 의무를 필요로 했고, 이는 (b) 가족의 신성한 제도(예컨대 死者에 대한 제사)에 의해서 행해졌기 때문에 이것은 공개처형보다도 더 원시적이었을 것이고 공개처형보다 선행되었을 것이다. 물론 공개재판은 경제생활의 통제와 같은 다른 필요성을 충족시키기 위하여 발전되었지만, 그것은 결투라고 하는 사회과정을 제한하게 되었을 것이라고 생각하는 것이 합리적일 것이다.[6]

특히 모세의 법률은 복수로 가득차 있는데, 여기에는 어떤 행위에 대하여 복수할 수 있고 어떤 행위에 대하여 복수할 수 없는지가 규정되어 있다. 일반적으로[7] 과실이나 사고에 의한 살해는 복수해야 하는 행위에 속했다. 그러나 복수를 하기 위해서는 세 가지 조건이 필요했다. 첫째, 그 행위는 반목과 증오에서 기인한 것이어야 한다. 둘째, 살해의 상황은 매복에 의한 기습과 같은 것이어야 한다. 셋째, 유죄는 살해에 사용된 도구의 종류에 따라 추정될 수 있다. 그러나 대부분의 원시적인 형태에서 복수는 모든 상해행위에 대하여 이루어졌다.[8] 모세의 법률에서 (가족 또는 부족간의) 피의 복수(blood feud)는 신성한 의무였고,

5) F. Strom, *On the Sacred Origin of the Germanic Death Penalties* (Stockholm: Wahlstrom and Widstraud, 1942), p.14.

6) 뉴만과 하프트(G. Newman and C. Haft)는 결투가 "사회정의"의 특별한 흥미로운 형태라고 기술하고 있다. 이에 관하여는 G. Newman and C. Haft, "Feuding and Violence", unpublished paper, State University of New York at Albany, 1977 참조.

7) H. Von Hentig, *Punishment: Its Origin, Purpose and Psychology* (Montclair, N. J.: Patterson-Smith, 1973), pp.22-26. 이 책의 영역본은 각주가 없다. 따라서 나는 이태리어본인 *La Pena* (Milano: Frateli Bocca, 1942)를 사용했다.

8) 이것은 제2장에서 제시된 주장에 비추어볼 때 이해할 수 있다. 원시인들은 모든 사고나 상해행위를 고의적인 것으로 보았다.

어떤 경우에 복수행위는 범죄자 가족의 가장에 대하여 가해질 수도 있었다. 특히 모세는 이러한 유형의 형벌을 은근히 장려했다.[9]

모세는 또한 복수의 위험이 노출되는 것을 인식했음에 틀림없다. 왜냐하면 그는 범죄자가 피난하여 자신의 사건을 "재판받을" 수 있는 "피난의 도시"를 세우려고 결심했었기 때문이다.[10] 여기서 "고의"라고 하는 것이 첫번째로 인식되었다. 만약 부족회의에서 범죄자가 사악한 의도나 살인무기로 살해하였다고 판정되었다면 그 범죄자를 복수자에게 인도하였다. 만약 고의가 없었다고 한다면 복수자는 살해범이 시외로 빠져나갈 때까지 기다려야만 했다. 살해범이 피난의 도시로 도망하는 것은 아마도 자발적인 망명의 최초의 형태일 것이다. 이것은 후일 그리스와 로마에서도 채택되었다.

피의 복수는 "눈에는 눈"이라고 하는 탈리오 법칙(lex talionis)과 동일시되는 경향도 있다. 그러나 이 원칙이 모세의 법률에 깊숙히 자리잡고 있기는 하지만 그것은 단지 부분적으로만 관련이 있을 뿐이다. 피해자의 죽음에 이르지 않는 대부분의 범죄도 (특히 미수는 기수와 동일시되었기 때문에) 살해를 통해서만 복수되었다. 따라서 엄격히 말하면 "눈에는 눈"이라는 원칙은 여기서는 적용되지 않는다. 사실 피의 복수는 상승효과를 가지고 있어 어느 한 가족이 완전히 멸족될 때까지 살해가 계속된다.[11] 복수에 있어서 가장 중요한 동기요인은 (a) 불법에 대한 피의 복수가 피해자 또는 피해자의 친척 측의 맹목적인 의무라고 생각하는 것과 (b) 피해자 또는 피해자가 사망한 경우, 그의 친척이 범죄를 복수하기 전까지는 부정을 탔다고 피해자의 가족이 믿는 것이다.

따라서 복수에 있어서는 살해하려는 개인적인 충동과 전통을 따른다고 하는 강력한 사회적 압력이 있다. 고대에는 이러한 두 개의 힘, 즉

---

9) Von Hentig, *Punishment*, pp.22-26.

10) 이 피난처에 대한 기술은 모세 2장 21절, 12절; 4장 35절; 5장 19절, 6-7절 참조: *La Pena*, p.25 참조. 폰 헨티히(Von Hentig)는 널리 행해진 피의 복수를 제한하는 많은 원시사회에서 사용된 몇 가지 다른 방법에 대하여도 언급하고 있다.

11) 오늘날에도 이러한 살해와 신체절단이 보고되고 있다. 폰 헨티히가 지적하는 바와 같이, 이러한 행위는 전쟁이나 테러행위의 시기 동안 다시 나타난다. 레바논의 시민전쟁 동안 사체절단행위가 많은 신문지상에 보도되었다.

개인적 충동과 사회적 압력이 하나로 결합되어 사회에서 가장 두렵고도 강력한 응징수단, 즉 집단형벌(collective punishment)이 되었다. 돌로 쳐죽이는 형벌은 가장 오래된 집단형벌이고, 참수는 가장 오래된 형태의 개인적 복수이다. 신체절단은 복수살해에서 흔히 사용되었다. 이제 우리는 이러한 두 가지 종류의 신성한 형벌유형과 이것을 변형시킨 형벌유형에 눈을 돌려 보도록 하자.

참 수 형

참수형(beheading)은 기원전으로 거슬러올라갈 만큼 오래된 사형 방법 가운데 하나이다. 참수형이 행해진 예 가운데 우리가 잘 알고 있는 것은 리비(Livy)가 기술한 적이 있는 브루투스(Brutus)의 아들에 대한 형집행이다.[12] 그는 먼저 맨몸으로 채찍질을 당하고 난 후 등 뒤로 손이 묶인 채 형틀에 매어졌다. 그리고 땅에 고꾸라져서 도끼로 한 칼에 목이 베어졌다.[13] 우리는 그리스와 로마시대에 이러한 형벌이 자주 사용되지는 않았지만 특히 전쟁에서 승리한 후 가장 일반적으로 사용된 사형집행방법이었다는 것에 유념할 필요가 있다. 참수형의 기원과 그 의례적 기능에 관하여는 몇 가지 이론이 있다.

제물희생이론 고대에 행해졌던 많은 참수형의 경우 그 머리를 보존하여 높은 막대기 끝에 걸어두었다고 하는 자료들이 많다.[14]

---

12) Livy 2, 5.

13) 비숍(Bishop)은 로마제국이 처음 시작될 무렵 콜로세움에서는 목을 단칼에 베어버리는 것이 아주 좋은 눈요기였다고 주장한다. 그는 검투사가 어떻게 참수형을 집행하였는지를 자세히 기술하고 있으며, 불쌍한 희생자의 머리가 마치 골프를 치는 것처럼 단번에 베어진 것을 묘사하였다. 그러나 비숍의 문헌은 자료가 빈곤하여 많은 곳에서 사실과 상상을 혼합해버렸다. 따라서 그가 묘사한 것은 의심스러운 바가 많다. 한편, 머리를 단번에 베어버리기 위해서는 틀림없이 많은 기술과 연습이 필요했을 것이고, 실제로 많은 형집행자들은 이 일을 하기에 부적절했던 것 같다(이에 관하여는 G. V. Bishop, *Executions: The Legal Ways of Death* (Los Angeles: Sherbourne Press, 1965 참조).

14) Von Hentig, *Punishment*, p.46; Strom, *Sacred Origin of the Germanic Death*

이러한 관습은 번개의 神에게 공물로 바친 것에서 유래되었다고 한다.[15] 이러한 해석을 뒷받침하는 세 가지 주장들이 있다. 첫째, 참수형을 하는 방법은 동물을 제물로 바치는 방법과 유사하며, 동물희생행위에 사용되는 기술이 인간에게 이전되었다.[16] 이것은 동물을 제물로 바친 것이 인간을 제물로 바친 것보다 선행되었다는 것을 가정하고 있지만, 이에 대한 증거는 없다. 그러나 고대의 튜튼族들이 모든 종류의 동물을 도살할 때 이러한 방식을 사용하여 머리를 막대나 나무에 묶어두었다고 하는 자료를 찾아볼 수 있다. 둘째, 참수를 하는 경우 범법자의 옷을 모두 벗기었다 - 이것은 매우 뿌리깊은 종교의식이었다. 즉, "영혼의 껍질 혹은 일상생활의 운명과 비밀을 의미하는 신체의 옷을 벗겨 이를 바닥에 떨어뜨린다.…"[17] 실제로 종교재판이 행해지던 시절에도 어떤 형태의 옷벗기기는 고문이나 처형의 중요한 부분이었다.[18] 마지막으로 북유럽의 神인 보탄(Wotan)의 전설로부터 내려왔다는 주장이 있다. 이 신은 머리없는 마부로 구름을 헤집고 마차를 몰면서 도끼를 휘두르며 들판을 갈라놓았다고 한다. 인간의 가장 중요한 부분인 머리는 바로 영혼으로 비춰졌고, 이는 神들에게 제물로 바쳐졌다. 이러한 행동들을 묘사한 것에 비추어볼 때, 만약 이러한 행동들이 희생이었다고 한다면 이것은 오히려 일상적으로 행해진 것이었을지도 모른다 - 흔히 공물에 동반되는 광범위한 儀式이나 절차가 따르지 않고 말이다. 얼핏 보기에 옷을 벗기는 것만 보면 그것은 "儀式"의 일부분일 수 있는데, 이것은 다분히 단순한 기능적 관점에서 해석한 것이다. 목을 단박에 베기 위해서는 형집행자가 능숙하게 솜씨를 발휘해야 한다 - 헐렁하게 옷을 입는다면 칼이나 도끼를 휘두르는 데 방해가 되므로 옷을 벗기면 아무런 방해도 받지 않게 되는 것이다.

Penalties, p.14.

15) K. Vom Amira, *Die Germanischen Todesstrafen. Untersuchungen zur Rechts und Religionsgeschichte* (Munich: Abhandlungen d. Bauer. Akad. d. Wiss. Philos.-philol. u. hist. Kl. 31:3, 1922), p.212.

16) T. Mommsen, *Romisches Strafrecht* (Leipzig: Syst. Handbuch der deut. Rechtswiss. 1:4, 1899), p.916.

17) A. Wuttke, *Der Deutsche Volksaberglaube der Gegenwart* (Berlin: Aufl. 3, 1990), p.162.

18) 물론 종교재판시 이러한 관행이 있었던 데에는 다른 이유가 있었을 수도 있다. 이에 관하여는 제5장 참조.

귀신배척이론 참수형의 문제를 달리 관찰하여 좀더 그럴듯한 설명을 하는 것에 유의해 볼 필요가 있다. 그것은 바로 참수형이 희생자의 死後에 많이 행해졌다는 점이다.[19] 이러한 관찰은 두 가지 중요한 내용을 암시해 주고 있다. 첫째, 살해방법으로 참수를 선택한 것이 "기능적인" 이유 - 효율성 등의 이유 - 를 위해서는 아니었다. 둘째, 신체와 머리를 분리하는 것은 실제로 죽이는 것 자체가 아니라 이러한 처형 형태에서 중요한 상징적 행위였음을 의미한다. 우리는 여기서 다시 한번 죽음이라는 문제, 즉 죽은 자에 대한 제사와 조상에 대한 제사를 짚고 넘어가야 할 것이다. 어떤 자를 죽인다는 것은 어떤 과정의 일부분으로 간주될 뿐이다. 죽은 자의 영혼은 계속해서 살아남는다. 그러나 고대인들은 영혼과 신체가 분리된다는 것, 즉 신체는 죽었지만 다른 한편으로 영혼은 살아남는다는 것을 생각하기 힘들었다. 이 문제에 대하여 어떻게 대처할 수 있을까? 우선 신체의 기동성을 없애기 위하여 신체로부터 영혼을 분리한다. 만약 영혼이 신체를 가지지 않으면 영혼은 움직일 수 없다고 고대인들은 생각했다. 실제로 머리와 신체를 분리하는 것은 머리와 육체를 구분하는 마술과 같은 벽을 만드는 것으로 간주되었다.[20] 여기에 그치는 것이 아니다. 머리를 자르는 것외에 더 나아가 死體를 절단하는 행위도 보편적으로 행해졌다.[21] 신체의 형상을 없애버림으로써 영혼이 더 이상 신체에 머무르지 않기를 바랬기 때문이다.

반영이론(반영[reflection]이라 함은 행해진 범죄를 그대로 형벌에 반영한다는 것을 의미한다 - 역자 註) 중세시대 유럽의 튜튼族은 형벌을 범죄에 대한 일종의 반영으로 사용하였다.[22] 머리를 자르는 것은 특히 경계선을 무단으로 침입한 자에게 내린 형벌이었다. 범법자의 신체는 무단으로 침해한 바로 그 자리에서 불태워졌고, 쟁기로 머리를 마구 내려쳤다. 반영의 뜻으로 내려진 참수형의 예는 독일 중세시대의 판결

19) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, passim.
20) *Ibid.*, p.171.
21) *Ibid.*, pp.164ff.
22) *Ibid.*

집(Weistümer)에서도 찾아볼 수 있다. 이 판결집을 보면 불법으로 나무 끝을 자른 사람조차도 그의 목을 베었다는 기록이 남아 있다.[23] 튜튼族의 언어에서는 사람의 "목을 벤다"(ploughing)라는 말이 참수를 의미하는 다른 말보다도 먼저 생겨났다고 한다.[24] 다음에서는 반영의 의미를 담은 형벌의 예를 더 살펴보도록 한다. 튜튼族이 살던 시대보다 나중인 중세 영국에서는 범법자의 신체를 기둥이나 형틀에 묶어 놓고 사지를 절단하는 형이 시행되었었다. 범법자의 머리는 범죄를 예방하기 위하여 런던橋(London Bridge)나 템플 바(Temple Bar : 템플 바는 런던 서쪽에 있던 문으로, 여기에선 죄인이나 반역자의 머리를 매달아 두었었다고 한다. 이는 1879년에 철거되었다 - 역자 註)에 매달아 두어 놓았지만, 사지는 범죄자의 범죄가 알려진 영국 각지로 보내 전시되었다고 한다. 엄격하게 말해서 이것은 범죄에 대한 "반영"으로 행해진 것은 아니었지만 이것은 범죄를 형벌의 형식으로 바꾸려는 시도의 표현이었다고 보인다.

명예이론 위에서 든 이론들은 어느 정도 수긍할 수 있을 것이다. 그러나 위의 이론의 어느 것도 그리스·로마 시대 이후부터[25] 사용된 참수형에 대한 한 가지 사실을 밝히고 있지는 못하다. 그 한 가지 사실이란 바로 칼로 머리가 베여 죽는 것은 가장 명예로운 처형 형태였다는 점이다. 영국에서는 단두대가 고위신분에 있는 자들에게만 사용되었을 뿐, 교수형이나 낮은 단두대는 강도범 등 하층범죄자들에게 사용되었다.

영국에 참수형을 처음 도입한 사람은 정복자 윌리암(William the Conqueror)이라고 한다. 그로 인해 처음으로 희생된 자는 노섬버랜드의 백작(Earl of Northumberland)이었다(1076년). 그 뒤를 따라 6세기 이상의 기간 동안 참혹하게 세상을 달리한 사람들은 셀 수 없이 많다.

23) *Ibid.*
24) *Ibid.*, pp.101-102.
25) 그리스와 로마의 戰士들이 칼에 의하여 죽음을 맞이하는 것을 선호했다는 사실은 물론 잘 알려져 있는 사실이다. 크세노폰(Xenophon)은 ≪페르시아 침략기 *Anabasis*≫ 제2권에서 참수형이 가장 명예로운 죽음이었다고 언급하고 있다.

그 가운데 유명한 사람들의 이름만을 열거해 보도록 하자. 우선 스크로프 대주교(Archbishop Scrope, 1405)를 들 수 있고, 다음으로 서레이 백작(Earl of Surrey, 1547), 서머셋 공작(Duke of Summerset, 1552), 노섬버랜드 공작(Duke of Northumberland, 1553), 제인 그레이(Lady Jane Grey, 1554), 더드리 卿(Lord Guildford Dudley, 1554), 스코트랜드의 매리 여왕(Mary, Queen of Scots, 1587), 에섹스 백작(Earl of Essex, 1601), 정치가이자 탐험가였던 월터 로리 卿(Sir Walter Raleigh, 1618), 스트라트포드 백작(Earl of Stratford, 1641), 영국 왕으로서 처음으로 처형되었던 찰스 1세(Charles I, 1649), 윌리암 러셀 卿(Lord William Russell, 1683), 케논 백작(Earl of Kennon, 1716), 그리고 킬마노크 백작(Earl of Kilmarnock)과 발메리노 卿(Lord Balmerino, 1746) 등 수없이 많은 사람들이 참수형의 희생자가 되었다. 1644년 로드 대주교(Archbishop Laud)는 교수형에 처해지기 보다는 참수형에 처해질 것을 왕에게 간청했으나 왕은 이를 받아들이지 않았다. 마지막으로 참수형을 받은 자는 로바트 卿(Lord Lovat)으로 때는 1747년 4월 9일이었다. 1747년 이후에는 교수형이 유일한 공개처형방법이었으나 참수형과 신체절단형은 1820년까지도 계속되었다고 한다.

칼과 도끼는 매우 신성한 상징물이었다. 도끼와 망치는 그리스 신들이 사용한 무기였고, 특히 전쟁이 많이 행해지던 그리스나 로마시대에는 군인이 가장 중요한 사회적 직업이었고 그리스나 로마의 젊은이들이 전쟁을 할 때 칼은 전장에서 사용된 용맹의 상징이었다. 따라서 전투에서 칼이나 도끼로 죽음을 당하는 것이 가장 명예로운 죽음이었던 것이다. 그러나 사실은 가장 빨리 죽는 방법이었던 것이다. 그러므로 칼이나 도끼와 같은 참수형의 도구가 사용되었던 것은 마치 참수 당하는 자의 높은 신분에 걸맞는 것으로 해석될 수 있다. 왜냐하면 당시 이러한 자들이 수세기를 통한 전쟁의 승리자들이었기 때문이다.

그런데 도대체 왜 머리를 베었을까? 이에 대하여는 몇 가지로 설명할 수 있을 것이다. 첫째, 형벌을 내리는 자는 적의 머리를 완전히 잘라버려 그의 영혼이 세상을 배회하고 돌아다닐 위험을 제거하지 않는

한 마음을 놓을 수 없기 때문이다. 자기 자신에 대하여도 똑같은 생각을 할 것이다. 누구라도 죽은 자의 영혼이 배회하는 것을 두려워하기 때문에 이러한 상태가 죽은 후에도 계속되는 것이 바람직한 상태라고 생각하지 않았다. 다른 한편, 그리스·로마시대를 거쳐 중세에 이르기까지 많은 종교 문헌들을 보면 죽음과 사후세계(또는 지옥) 사이에 놓인 두렵고 불안정한 마음상태를 잘 전해주고 있다. 로마 카톨릭에서는 이것을 '영혼의 정화'(purgatory)라고 부르고 있다. 신비에 젖은 많은 이야기들은 영혼이 정처없이 떠돌아다니고 있다는 것을 전해 주고 있다.[26] 그렇다면 평온은 없다고 말할 수 있다. 따라서 머리를 베는 것은 바로 영혼에게 안식처를 제공해 주는 것이다. 그것은 형집행자나 참수자에게 모두 바람직한 상태이다. 교육받은 고위신분자는 이 사실을 잘 알고 있었으나, 무지하고 가난에 찌든 하층민들은 이러한 사실을 모르고 있었다. 그래서 하층민들에게는 교수형이나 그보다 못한 형벌이 적용되었던 것이다. 이러한 사실은 프랑스혁명 당시 조소와 야유를 퍼붓는 군중 앞에 선 프랑스의 귀족계급의 예에서만큼 보다 신랄하게 보여주는 예를 찾아볼 수 없다. 그들은 일말의 감정도 내보이지 않았는데 이것이 오히려 군중들을 격분시켰을 뿐이다.[27]

이제 결론을 내려야겠다. 귀족들은 어느 시대에서든지 항상 자신들이 神에 가까운 족속이라고 생각해 왔다. 이른바 그리스의 영웅시대를 볼 때 호머의 서사시에 등장하는 영웅들은 半神半人이었다. 어떤 자의 목을 베는 것은 곧 그자의 영혼을 神에게 바친 것이 아니었을까? 게다가 형집행자가 참수자의 머리를 높은 곳에 매달아 두어 神의 힘이 작용하는 세찬 비바람에 놓아두었다면 더욱 그런 의미를 띠지 않았을까?

---

26) 단테(Dante)의 ≪神曲≫ 가운데 "지옥편"(Inferno)은 이러한 두려움을 잘 나타내 주고 있다.
27) Bishop, *Executions* 참조.

투 석 형

投石刑(stoning), 즉 돌로 쳐죽이는 형벌은 가장 오래된 공개처형 방법 가운데 하나로서 역사적으로 볼 때 주로 집단형벌의 원형으로 보인다. 특히 뒤르껭과 같은 사회학자는 이에 대하여 언급하기도 하였다.

돌로 쳐죽이는 형벌과 다른 처형방법 사이의 중요한 차이는 바로 이 형벌이 공동체를 이루는 사람들에 의하여 직접 시행되었다는 점이다. 이와 같은 집단행동은 다른 유형의 형벌에서도 찾아볼 수 있다. 예컨대, 이른바 헬리팩스 교수대(Helifax Gibbet, 단두대와 유사한 고대의 처형도구 - 역자 註)라고 불리던 처형도구가 16세기 영국에서 사용되었는데 이 도구를 작동할 수 있도록 허가받은 사람은 다름아닌 바로 범죄의 피해자였다.[28] 여기서 우리는 앞서 살펴본 반영이론의 작용에 유념해야 할 것이다. 왜냐하면 만약 소나 말 또는 양이 범법자의 범죄의 일부인 경우 이 동물들이 처형도구를 작동시키는 핀을 제거하는 데 사용되었기 때문이다.[29]

집단형벌의 전형적인 예는 군대나 미국 유타州에서 행해졌던 총살대

28) 호린쉐드(Holinshed)의 ≪1587년 연대기 *Chronicle of 1587*≫를 보면 이 헬리팩스 교수대에 대하여 다음과 같이 기술해 놓고 있다. 즉,

… 옛날 영국 헬리팩스에는 다음과 같은 법 - 법이라기보다는 관습이라고 하는 편이 나을 것이다 - 이 있었다. 즉 어떤 범죄를 범하고 체포된 자가 자신의 범죄행위를 자백하는 경우, 그 범죄가 4명의 치안관에 의해서 13펜스 5페니에 해당한다고 판단되면 그자를 시장이 개시되는 날이나 유죄판결이 내려진 날에 참수하였다. 처형에 사용된 도구는 5야드(약 5미터) 높이에서 아래위로 움직이는 4.5피트 길이의 네모난 나무각목이었다. 그 각목의 끝에는 도끼가 붙어 있고, 이것은 철로 조일 수 있었으며, 그 틀 꼭대기에 매달려 나무핀으로 고정되어 있다. 핀의 중간에는 기다란 밧줄이 매여져 있어 이것이 사람들 사이에 늘어져 있어 범죄자가 자백을 하면 자기의 목을 맨바닥 위에 들이댄다. 그곳에 모여 있는 사람들은 모두 그 밧줄을 잡고 있었는데 고정된 핀을 빼면 도끼가 매달려 있는 각목이 아래로 떨어져 참수자의 머리를 잘라버리게 된다. 만약 참수자의 머리가 소의 머리만큼 크다면 도끼로 잘리자마자 곧 멀리 굴러가버린다. 만약 범법자가 소나 말 또는 양과 같은 가축을 훔치다가 붙잡혔다면 한쪽 밧줄을 절취된 가축의 몸에 묶어 멀리 떨어지게 한 다음 나무핀을 제거했다(Laurence, *History of Capital Punishment*, pp.38-39).

29) 모튼 백작(the Earl of Morton)은 헬리팩스 교수대가 작동되는 것에 깊은 인상을 받고 에딘버러에 이와 유사한 처형대를 만들라고 지시하였는데, 이는 스코트랜드 메이든(the Scottch Maiden)이라고 알려져 있다. 이 처형대로 약 120명이 참수되었는데, 아이러닉칼하게도 모튼 백작 자신도 이 처형대에 의해 1581년 6월 2일에 참수되었다. 그의 머리는 톨스워드(Tolls-

에 의한 총살형이다. 이것은 다섯 명의 익명의 시민이 범죄자에게 총을 쏘는 형벌이다. 그런데 다섯 명 가운데 한 명이 공포탄을 쏘기 때문에 어느 누가 치명적인 발포를 하였는지는 아무도 모른다.[30] 물론 이러한 절차는 단순한 겉치레일 뿐이다. 왜냐하면 공포탄이 격발되는 경우라면 총의 반동이 심하지 않기 때문에 저격수가 "운 좋게도" 자신이 공포탄을 쏘았다는 것을 쉽게 알 수 있기 때문이다.

집단형벌은 어떤 자가 실제로 사람을 죽인다고 하는 개인의 부담감을 (사실상이든 가상적이든 간에) 덜어준다 - 사실 이것은 형벌의 역사 속에 수없이 많이 등장하는 문제이다.

돌로 쳐죽이는 형벌의 儀式的인 기원과 기능에 대하여는 달리 설명하고 있는 것도 많이 있다.

신성한 돌 아마도 돌은 인간이 사용한 첫번째 무기였을 것이다. 이집트나 시리아, 또 페니키아나 팔레스타인에서는 巨石儀式이 많이 행해졌고,[31] 거석에 대한 숭배의식이 잘 기록되어 있다.[32] 돌은 사람을 죽일 수 있었고, 영원히 존재하는 것이었으며, 더구나 운석(隕石)은 神만이 보내는 것이었다. 돌을 들고서 주문과 저주를 행하는 일도 많았다. 예컨대, 로마인들은 동물을 제물로 바치기 전에 "주피터 神에게 돌을 던진다(Per Jovem lapidem)"라는 말을 하기도 하였다.

제물희생기능을 한 투석형 호머의 ≪일리아드 *Iliad*≫에 등장하는 헥토르(Hectore)는 트로이의 왕자 파리스(Paris)에게 진노하며 다음과 같이 말했다. "만약 트로이族이 겁쟁이가 아니었다면 오래전에 그들은 너에게 돌로 만든 옷을 제공했을 것이다."[33]

---

worth)에 있는 어느 탑에 1년 동안 전시되었다고 한다(*Ibid.*, pp. 38-40).

30) 비숍의 ≪처형 *Executions*≫에는 유타州에서 행해졌던 처형이 실패한 예를 들고 있다. 그 사례는 어느 보안관의 아들이었던 엘리세오 마레스(Eliseo J. Mares)의 경우였는데 그는 1951년 살인죄로 사형을 선고받았다. 그는 치명적이지 않은 네 발의 총탄을 가슴에 맞았으나 결국 과도한 출혈로 죽었다.

31) Von Hentig, *Punishment*, p.79.

32) K. Von Krammer, *Studien zur Vergleichen Kulturgeschichte*, Vol.III, p.3. 위의 저서 참조.

범법자를 돌로 쳐죽이는 것은 범죄자를 "깃털로 장식하는" 상징적인 방법이었고, 이에 따라 그를 희생제물로 만들었다. 여기서 역청(타르)을 바르고 깃털로 장식한 것이 바로 투석형의 기원으로 간주되고 있다.

17세기 후반까지도 이와 같이 동물을 돌로 쳐죽이는 제물희생방법과 유사한 것이 사람에게도 행해졌다는 증거가 있다. 프로테스탄트 신도였던 주디스 맨돌(Judith Mandor)은,

> "형틀에 묶여져, 마치 聖灰 화요일(Shrove Tuesday, 카톨릭에서 사순절 바로 전의 화요일에 해당하는 날로서 성회례에 사용하기 위하여 전년에 축성한 종려나무를 태운 재를 신도에게 뿌려주는 儀式 - 역자 註)에 수탉에게 돌을 던지던 옛 야만풍습과 같이, 멀리에서 사람들이 그녀에게 나무막대기를 던졌다. 이러한 비인간적 과정을 통하여 그녀의 사지는 참혹하게 구타당하고 난도질당했다. 그리고는 마침내 곤봉에 맞아 머리가 깨져버렸다."[34]

범죄능력박탈을 위한 완전소멸 북유럽사람들은 범법자를 돌로 쳐죽이고 그 사체를 태워버림으로써 죽은 자의 영혼이 신성한 돌 밑에 깔려 그곳에서 나오지 못하여 다른 사람을 해치지 못한다고 믿었다. 이는 노르딕 사람들의 오랜 믿음이었다.[35]

정화(淨化) 그리스인들은 사회로부터 더러운 것을 제거하기 위하여 범죄자를 돌로 쳐죽이는 것을 일종의 "과격한 방어적 형벌"로서 즐겨 사용하였다.[36] 그 당시 범죄자들은 문둥병환자나 기타 "불결한" 사람처럼 병에 전염된 자로 간주되었다. 그런데 이러한 정화의식은 먼 옛날 유대인들이 사용하던 처형방법에 잘 나타나 있다. 모세법에는 이러한 형벌이 신성모독이나 우상숭배와 같이 神을 노엽게 하는 모든 범죄에 사용되었다고 기술되어 있다.[37] 범죄자에게 던지는 돌은 자신의 죄를 실어나르는 것이었다. 헤브류사회는 사회를 오염시키는 범죄자나

---

33) Von Amira, *Die Germanischen Todesstrafen Untersuchungen*.
34) H. More, *The History of Persecutions of the Church of Rome and Complete Protestant Martyrology*(n.p., 1809), p.35.
35) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.102.
36) *Ibid*.
37) 모세법의 세부규정들은 폰 헨티히의 *La Pena*, passim에 잘 기술되어 있다.

신성모독자를 정화시킬 뿐만 아니라 스스로의 죄악도 정화시켰다. 여기서 예수의 말을 기억해 보자. "너희 중에 죄없는 자가 먼저 (그녀를) 돌로 쳐라"(요한복음 8장 7절). 예수의 이 말은 언뜻 보기에는 별로 주의를 끌지 못하였던 것 같다. 왜냐하면 종교재판이 행해지던 시절 내내 투석형은 가장 보편적인 처형방법으로 사용되었기 때문이다.

사형(私刑) 이미 언급하였듯이 투석형의 가장 중요한 점은 그것이 가장 기원이 오래되었으며 또 집단적인 형벌의 성질을 띄었다는 점이다. 모세법에는 많은 범죄에 대하여 투석형이 사용되었다고 기술되어 있지만, 성문법인 로마법에는 이에 대한 규정을 찾아볼 수 없다. 오히려 로마인들은 유대인들이 자신들의 범법자에 대하여 집단투석형을 집행하려고 할 경우 그것이 적합한 때에는 눈감아 주었다.[38] 따라서 투석형은 私刑의 원형이라고 할 수 있다.

어떤 이들은 사회의 범죄에 대한 집단적이고 갑작스러운 혐오감이 이러한 유형의 형벌에 대한 최초의 기원이라고 주장한다. 다른 모든 것들, 예컨대, 제물희생, 정화의식, 영혼의 범죄능력박탈과 같은 것은 이차적이며 부수적인 형벌유형일 뿐이다. 이렇게 해석하면 신성한 儀式은 형벌유형의 진화에 그리 중요하지 않다고 말할 수 있다.[39] 물론 혹자는 우리가 제2장에서 살펴보았듯이 집단행동 그 자체가 신성한 기원을 가지고 있다고 주장하기도 한다.

교수형 : 대중들의 운명

역사적으로 참수형과 비교해 볼 때 교수형(hanging)은 치욕으로 간주되었다. 특히 발가벗겨진 상태에서 교수형을 당하는 것은 더했을 것이다.[40]

그리스와 로마시대에는 좀 논란이 있긴 하지만, 이 시대에는 교수형

38) E. R. Goodenough, *The Jurisprudence of the Jewish Courts in Egypt as Described by Philo Judaeus* (Amsterdam: Philo Press, 1968), p.25.
39) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.115.
40) Von Hentig, *Punishment*, p.57.

은 좀처럼 사용되지 않았다.[41]

로마법에서는 교수형이 공식적인 형벌이 아니었다. 더구나 유대인들에게서도 교수형을 찾아볼 수 없다. 그러나 성경에는 死後에 교수형을 한 것이 언급되어 있다.

제물희생이론 교수형을 제물희생이라고 해석하는 데에는 두 가지 근거가 있다. 웁살라(Upsala, 스웨덴 남동부에 있는 도시 - 역자 註)에 있는 거대한 묘지에는 사람들이 신성한 나무에 교수되어 제물로 받쳐졌다는 기록이 남아 있다. 이 희생자들은 후일 교수대의 神(lord of the Gallows)이라고 알려진 북유럽의 神 오딘(Odin)에게 바쳐진 것이다. 오딘은 자신에게 제물이 바쳐졌을 때 다음과 같이 말했다고 한다. 즉,

> "나는 내가 바람부는 나무에 목이 매달린 것을 안다
> 아흐레 밤 동안
> 창에 찔려 상처를 입고,
> 오딘에게 제물로 바쳐진다
> 곧 내가 내 자신에게"[42]

아마도 이 神은 자살의 神이라고 이름 붙여지지 않았을까? 또 중세시대에도 가장 보편적으로 사용되던 자살방법이 목을 매는 것이었다고 전해진다.[43] 게다가 모조인형 - 특히 신성한 나무에 神의 형상을 본뜬 인형을 매달아 두는 것 - 을 나무에 매달아 두는 것은 그리스 시대 이후 보편적으로 행해졌다고 하는데, 이는 神을 부활시키거나 소생시키는 데 사용되었다.[44]

이제쯤 왜 교수형이 그처럼 불명예스러운 죽음이었는지를 설명할 때가 된 것 같다. 아마도 그것은 죽은 神을 닮았거나 아니면 '자살'이라

---

41) J. A. St. John, *Manners and Customs of Ancient Greece* (New York: Kennikat Press, 1971), Vol.III을 보면 스파르타에서는 교수형이 아주 흔한 형벌이었다고 되어 있지만, 반면에 Von Hentig, *Punishment*에는 거의 전혀 사용되지 않았다고 기술되어 있다.
42) 이는 프레이저(Frazer)의 ≪새 황금가지 *New Golden Bough*≫, 317면에 등장하는 '하마랄'(the Hamaral)에서 인용하였다. 프레이저는 몇몇의 교수형에 의한 제물희생의 예를 보고하고 있는데, 이는 왕이나 神을 부활시키기 위한 것과 밀접하게 관련되어 있다고 한다.
43) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.153.
44) Frazer, *New Golden Bough*, pp.316-19.

고 하는 죽음이 혐오스럽고 神을 모독하는 죽음이었기 때문이었을 것이다.

보통 개들이 범죄자 옆에 목매달려 있기도 했다.[45] 이것은 교수형이 일종의 제물희생의식이었다고 하는 것을 명확히 입증해 주는 것이다. 중세 독일에서도 이러한 관행이 행해졌다. 개 이외에 늑대를 목매달아 두는 경우도 전해지는데,[46] 개는 특히 유대인을 교수시켰을 때 함께 목매달아 두었다고 한다.

교수형에 처할 때는 잎이 다 말라버린 고목에 매달아 두었다고 한다. 왜냐하면 잎이 무성하고 튼튼한 나무에 사람의 목을 매달면 꼭 그 나무가 시들어버려 죽는다고 믿었기 때문이다. 고대 튜튼族 사이에서 특히 이러한 관습이 있었다고 연대기에는 전해진다.[48]

귀신배척이론 다른 중요한 신비로운 이론은 "악마의 눈"과 관련되어 있다. 교수형을 당한 시체는 눈이 툭 불거져 나오게 되는데, 이 때문에 처형자에게 두건을 씌울 필요가 생긴다. 로마의 정치가였던 키케로(Cicero)는 이미 로마시대에도 이러한 처형방법이 있었다고 전하고, 이는 그후 교수형에 사용되었다고 한다. 아마도 이것은 사체가 눈이 튀어나온 상태에서 무엇인가 주시하는 모습이 마치 악몽과도 같은 악마의 군대 - "미쳐 날뛰는 군대"라고 하는 - 를 연상시키게 하기 때문일 것이다.[49] 그것은 처형된 범죄자나 반역자들로 구성된 아주 놀라운 군대인데 이것은 마치 썩은 간을 파먹는 구더기처럼 교수대 밑에 들끓고 있는 기괴한 유령의 모습을 하고 있다. 교수형이 그렇게 무서운 것이었다는 것은 의심의 여지가 없다.

교수형에 대한 신비스러운 의미를 한 가지 짚고 넘어가지 않을 수

45) Vom Amira, *Die Germanischen Todesstrafen Untersuchungen*. 범죄자 옆에 동물을 목매달아 희생시키는 것은 중세시대에 널리 행해진, 동물을 범죄행위로 인한 범죄자로 목매달아 두는 것과 혼동해서는 안된다. 이에 관하여는 다음 장에서 자세히 보기로 한다.
46) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, pp.128-30.
47) Von Hentig, *Punishment*.
48) 타키투스(Tacitus)는 그의 ≪게르마니아 *Germania*≫에서 교수형이 강도범이나 절도범 또는 반역자에게 가해졌다고 전한다.
49) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.149.

없다. 중세시대에는 처형된 장소에서 범죄자의 발이 땅에 닿지 않도록 범죄자를 가죽에 묶어 질질 끌었다. 이것은 특히 중세시대의 독일과 스위스에서 사형선고를 내릴 때 공식적으로 사용되었다고 한다.[50]

나는 제2장에서 계절이나 多産과 관련하여 땅의 미덕과 힘을 숭배하고 신뢰하였다는 사실을 언급하였다. 이것은 도처에서 증거가 제시되기도 하는 사실이다. 범죄자의 목을 매달기 전에 그를 지상에서 떨어지게 하는 것은 그를 하늘과 땅 사이의 깊은 틈으로 몰아넣는 것이다. 땅은 범죄자의 악마같은 위세로부터 멀어져 구원을 받게 된다. 범죄자는 바람에 흔들리는 채로 걸려 있고, 이것은 곧 자연에 의해 정화되는 것을 의미한다. 실제로 梟首된 범죄자의 신체를 잘라 땅에 묻기 시작한 것은 비교적 근대에 들어와서였다. 오히려 옛날에는 사체를 그대로 방치한 채 썩게 내버려두어 자연에 풍화되어 "자연으로 돌아가도록" 만들었다. 이러한 관행은 그후 다른 처형방법(예컨대, 화형이나 절단형)에도 적용되어 그 임무를 자연에 맡겨버렸다.

거열형(車裂刑)

세 개의 다른 유형의 형벌이 고대 그리스의 형벌에서 유래하였다. 그것은 바로 十字架刑(crucifixion), 絞首刑(gibbeting), 絞殺刑(garroting)이다. 이것은 특히 영국에서의 교수형과 밀접한 관련이 있다.

그리스의 유적을 발굴한 결과, 호머시대 이전의 사체유적지가 발견되었다. 이 시체들은 금속성의 띠에 의해서 나무판에 묶여 있었다. 이에 대하여는 견해가 일치하고 있지 않지만, 고대 그리스의 거열형(breaking on the wheel)은 아포팀파니스모스(apotympanismos)라고 불려졌다. 그러나 반드시 바퀴가 사용된 것은 아니다. 범죄자는 널판지나 십자가에 못박히기도 했다. 처형자는 범죄자의 모든 뼈마디를 철로 만든 날카로운 곤봉으로 모두 부숴버렸다. 로마군정시대에 이것이 행

50) *Ibid.*, p.159.
51) Frazer, *New Golden Bough*.

해졌을 때 처형전문가는 살갗을 찢지도 않고 뼈마디를 다 부술 수 있었다고 한다. 그 뒤로 이 형벌은 매우 다양하게 변하였다. 어떤 때는 나무 판자에 구멍을 뚫어 처형자의 목 뒤에 놓고 그 구멍을 통해 가죽끈을 넣은 다음 목을 칭칭 감아 목졸라 죽이는 방법도 사용되었다. 이것의 효시가 바로 스페인에게 사용되었던 공포의 絞殺刑(garroting)이다.[52] 어떤 이들은 죽음의 막대로 배를 가격당하기도 했고,[53] 다른 이들은 죄수들을 노천에 놔두어 서서히 그러나 끔직한 죽음을 맞이하도록 했다고도 한다. 산 채로 십자가형이나 교수형에 처할 때 불행하게도 범죄자들은 못박히어 기아의 상태에서 죽음을 당했다. 그런데 교수형의 경우 영국에서는 운 좋게도 범죄자들이 쇠사슬에 묶여 효수당했다. 실제로 효수당한 범죄자의 시체를 오래도록 보존하기 위하여 그 사체를 역청이나 물로 반숙해 두어 통행인들을 놀라게 해주었다고 한다.

車裂刑에는 여러가지의 형태가 있다. 예컨대, 마차를 범죄자의 팔다리 위로 몰고 가 그 뼈를 부숴버리고, 그 몸뚱아리를 바퀴에 묶어 들어올린 다음 그대로 죽게 하는 것도 있었다.[54] 또 땅에 못박아 두고 그 위를 쇠못이 박힌 마차바퀴로 몰고 가는 것도 있었으며,[55] 바퀴에 묶어 높은 산에서 굴려버리는 것도 있었다.[56]

이러한 형벌에 대하여는 다음과 같은 두 개의 이론이 있다.

제물희생이론 바퀴는 태양을 상징한다 - 적어도 그리스와 로마의 신화에는 이것이 잘 나타나 있다.[57] 그러나 더 중요한 것은 양자를 하나로 묶는 형벌 신화이다. 繼父를 죽이고 넥타酒를 마치고 취한 익시온(Ixion)은 헤라(Hera)에게 情婦가 되어 줄 것을 요구했다. 그러나

---

52) R. Bonner and G. Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle* (Chicago: University of Chicago Press, 1938).
53) G. R. Scott, *The History of Torture throughout the Ages* (London: Luxor Press, 1938), p.181.
54) Von Hentig, *Punishment*, p.50.
55) Scott, Torture throughout the Ages, p.180.
56) *Ibid.*
57) Von Amira, *Die Germanischen Todesstrafen Untersuchung, passim;* Von Hentig, *Punishment*, pp.48-50.

제우스(Zeus)는 그를 속여 헤라를 대신하여 구름을 품에 안는다. 익시온의 가당치 않은 요구에 대한 형벌로 작렬하는 바퀴에 몸을 묶어 지구 주위를 영원히 빙빙 돌게 만들었다. 이것이 그리스 신화 속에 등장하는 첫번째 살해사건이다. 천둥과 번개, 폭풍과 별 그리고 태양의 神(태양은 神의 눈이다)이었던 북유럽의 오딘은 전통적으로 동물과 인간을 제물로 받았다. 범법자들은 전통적으로 오딘에게 제물로 바쳐졌다. 제물희생이론은 이 형벌을 설명하는 데 가장 적절하다고 볼 수 있다. 그렇다면 바퀴문제는 해결되었는데, 그러면 뼈를 부수는 문제는 어떻게 해결할 것인가?

귀신배척이론 이 이론은 뼈를 부수는 문제와 바퀴의 문제를 모두 해결할 수 있다. 초기 튜튼시대에 바퀴는 악령을 물리치는 신비의 숫자를 상징하는 9개의 살을 가지고 있었다.[58] 게다가 바퀴는 태양을 상징할 뿐만 아니라, 원은 귀신을 쫓는 상징물이기도 했다. 뼈를 부수는 것은 곧 범죄자의 영혼을 없애버리는 것이었다.[59] 뼈는 신체 가운데 가장 오래 남고 단단한 것이었으므로 뼈를 부수는 것은 곧 범죄자의 영혼이 나다니지 못하도록 막는다고 사람들은 믿었다. 머리뼈는 특히 생명이 안주하는 영원한 안식처라고 원시인들은 신성하게 생각하였다.[60]

마지막으로 이 형벌에 대하여 가장 중요한 점을 생각해 보도록 하자. 이 형벌의 특징은 스스로 죽게 내버려두는 것이다. 실제로 그리스에서 행해지던 거열형의 경우 몽둥이로 때려 숨지게 한 예는 거의 찾아볼 수 없고, 대부분의 경우는 스스로 죽게 만드는 것이었다.[61] 이러한 예는 십자가형에서도 찾아볼 수 있는데, 십자가에 못박힌 사람이 오래도록 - 며칠 동안이나 - 살아 있어 밑에 있는 사람들에게 말을 전했다고 하는 예를 많이 찾아볼 수 있다.[62] 산 채로 교수형에 처하는 것은 범죄자를 자연에 손에 맡기어 죽게 한 것이다. 즉 범죄자는 어느

58) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.222.
59) E. Mayer, *Die Entstehung der Germanischen Todesstrafe* (Der Gerichtssaal, 1924), p.388.
60) Von Hentig, *Punishment*, p.61.
61) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.223.
62) 물론 예수도 십자가에 못박힌 채로 사람들에게 말을 했다. 카르타고의 명

누구의 손에 의하지 않고 태평하게 죽게 된다.

우리는 두 개의 전혀 다른 형태의 형벌을 알게 된다. 이것들은 범죄자를 자연의 힘에 내맡기는 형벌인데, 그것이 바로 生埋葬과 溺死刑이다.

생매장과 익사형

여기서 잠시 내가 투석형에 대하여 논하기 전의 이야기로 다시 돌아가 보도록 하자. 나는 형벌의 주요한 양상을 형벌을 내리는 데 있어 집단이 관여하는 것이라고 기술하였다. 이에 대하여는 다소 견해가 일치하지는 않지만 다른 서술방식이 있다. 즉 그것은 개인이 책임을 떠맡지 않고 이단자를 처벌하는 것이다. 그러나 투석형에 있어서는 살해가 직접적으로 이루어진다. 그런데 생매장이나 익사형은 집단적인 형벌은 아니지만 살해에 대한 직접적인 책임을 회피하고자 하는 것이다.

가장 잘 알려진 최초의 생매장(burial alive)의 예는 순결의 맹세를 지키지 않은 베스타(Vesta) 여신을 섬기는 처녀(vestal virgins)에게 적용된 것이다. 로마인들에게 베스타 여신은 바로 로마제국의 운명과 직결되어 있었다. 플루타크(Plutarch)는 이 형벌에 대하여 다음과 같이 기술하고 있다. 즉,

---

장이던 헤밀칼(Hemilcar)은 반역죄로 십자가에 못박혔는데, 죽기 전에 카르타고 사람들에게 장황한 말을 늘어 놓았다고 한다. 그러한 예는 많이 보인다. 십자가형은 반드시 거열형과 직접적으로 관련이 없다. 초기에 보여지던 형태는 범죄자를 형틀에 묶어 바퀴에서 굶어 죽도록 만들었다. 그후 십자가가 등장하였고, 이때부터 십자가에 못을 박는 관습이 행해졌다. 그러나 십자가에 대한 유래는 - 기독교외에서는 - 거의 찾아볼 수 없다(Von Hentig, *Punishment*, p.62). 한편, 폰 헨티히는 유대인들이 빌라도(Pilate)에게 간청하여 십자가에 못박힌 사람들의 다리를 분질러 달라고 하였다고 말한다. 왜냐하면 사람들은 십자가에 못박힌 사람은 "神이 보기에 저주를 받았다"고 생각했기 때문이다. 따라서 우리는 십자가와 뼈를 부러뜨리는 것을 직접 연결시킬 수 있는 증거를 가지고 있다. 그렇지만 가장 보편적으로 사용되었던 가해방법은 십자가에 매달기 전후에 범죄자를 채찍질하는 것이었다. 바로 범죄자를 정화하기 위해서 말이다(Von Hentig, *Punishment*, p.61). 물론 채찍질은 그 자체가 형벌이지만, 다음 章에서 논하는 바와 같이, 나는 그것이 제도화된 형벌이었다고 생각한다.

> 만약 어떤 처녀가 자신의 처녀로서의 명예를 잃게 되면 그녀는 콜라인 관문(the Colline Gate) 근처에서 생매장되었다. 그곳에는 작은 언덕이 솟아나 있는데 … 그 밑에 있는 지하방은 작은 공간으로 나뉘어져 위에서 들어가는 통로가 있다. 거기에는 안락의자와 관솔불, 그리고 빵이나 물, 우유, 기름 등과 같은 생활필수품들이 잘 정리되어 있어 가장 중요한 종교상의 범죄 때문에 제물로 바쳐진 사람이 기아로 죽지 않도록 하였다.
>
> 범법자인 처녀는 베일에 가려지고 끈으로 묶여진 고급의자에 앉혀져 자신의 목소리조차도 들을 수 없도록 하였다. 그 다음 그녀는 광장으로 이끌려간다. 모여든 사람들은 조용히 길을 터주고 슬픔의 침묵만이 그녀를 뒤따른다. 실제로 당시에는 이처럼 슬프고 비참한 날이 없었다고 한다. 의자가 그 장소에 다다르면 하인들이 끈을 벗겨낸다. 최고신관(Pontifex Maximum)은 비밀주문을 암송하고 神에게 손을 들어 베일을 벗긴 다음 그녀의 다리를 밀실로 이어진 사다리에 얹어놓는다. 그녀가 내려가면 사다리는 치워지고 밀실이 닫혀지면서 밀실의 문을 흙으로 덮어버린다.
>
> 이것이 바로 베스타 여신을 모시는 처녀들이 범법행위를 한데 대하여 내리지는 형벌이었다.[63]

타키투스도 게르만族들 사이에서 행해진 생매장에 대하여 전하고 있다. 이때에도 범법자의 입에 공기관을 삽입시켜 죽음을 맞이하는 시간을 "연장"시키는 것이 보통이었다고 한다. 중세시대까지 그 형벌은 거의 사라지고 다른 유사한 형벌, 즉 형틀에 매놓고 창으로 꿰뚫는 형벌(impalement)로 대치되었다. 이 형벌은 무덤이나 구덩이를 파고 말뚝을 범법자의 몸에 박아넣고 매장시키는 방법으로 행해졌다. 그런데 사체를 말뚝에 박고 매장시키는 것은 생사람을 그렇게 하는 것보다 훨씬 오래전부터 행해진 것이다.[64] 어찌 되었든 이 형벌의 가장 중요한 것은 범죄자를 못박고 안전하게 땅에 묻는다는 것이다. 이러한 형벌은 "위험스러운 죽음"을 두려워했다는 것을 예시해 주고 있다. 이러한 형벌을 받은 시체의 영혼은 가슴에 뚫린 구멍에서 달빛을 발하며 마치 까마귀처럼 늦은 밤에 나타난다고 믿어졌다. 이러한 형벌은 대개 중세 독일에서 강간범이나 자기 자식을 죽인 모친에게 행해졌다고 한다. 이

63) Von Hentig, *Punishment*, p.63.
64) *Ibid.*

것은 당시 믿어졌던 미신 – 즉 출산시 자식을 낳다가 죽은 여인은 그 자식과 함께 땅속에 묻어버리는 관습 – 과 매우 깊은 연관이 있다.[65] 16세기 독일에서도 범법자를 가시로 된 침대에 누이는 것이 보통이었다.[66]

溺死刑(drowning)이나 늪에 빠뜨리는 형벌도 위에서 설명한 것과 유사하게 설명할 수 있다. 주로 마법에 대한 형벌로 사용되었던 익사형은 마귀에 씌운 범죄자를 물에 빠뜨려 다시는 그 모습을 보지 않음으로써 그 '마력을 제거'시키는 효과가 있었다.[67] 당시 사람들은 밑도 끝도 없는 습지인 늪에 유령들이 살고 있다고 생각했다. 범죄자를 이 늪에 빠뜨리는 것은 그들이 유래한 곳으로 돌려보내는 것이었다. 그러나 익사형과 비교해 볼 때 늪지에 매장하는 것은 흔히 死後에 행해지는 것으로 이러한 형벌은 사체 위에 잔가지로 덮거나 관에 말뚝을 박는 등 장식을 하여 행해졌다.

그보다 이전에 행해졌던 익사형은 흥미있는 것으로 생매장과 유사한 방법으로 행해졌다. 범죄자를 작은 물통에 넣어 바다에 띄워 보냈다고 하는 예가 전해지고 있다.[68] 중세 영국에서는 죄를 지은 선원을 간조 때 말뚝에 묶어 만조 때 빠져 죽게 했다. 이러한 다양한 형태의 익사형은 간접적인 형벌의 원칙과도 일치하는 것이다(비록 기록되거나 인식된 것은 아니지만).[69] 즉 범죄자를 처벌하려고는 하였지만 그러한 형벌에 직접 개입하거나 책임을 지려고는 하지 않았던 것이다. 특히 물통에 넣어 물에 띄워보내는 형벌은 이러한 형벌의 전형적인 예이다. 어떤 때는 운좋게 범죄자가 죽지 않고 해안가에 떠밀려 와 생명을 구하였지만 역시 재판은 집행된 것으로 간주되었다. 다시 말해서 최후의

65) 죽은 자식을 낳는 것은 당시 '범죄'로 여겨져 이에 대하여는 중한 형벌이 가해졌다고 한다. 18세기 영국의 형법에서조차도 死産을 한 여자는 자기에게 죄가 없음을 입증해야 하는 입증책임을 지고 있었다.

66) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, pp.210ff.

67) *Ibid.*, p.174. 익사형은 일종의 징벌의자인 일명 물고문의자(cucking stool)에 앉혀 행해지기도 했는데, 이 형벌이 반드시 죽음을 초래한 것은 아니다. 오히려 이러한 형벌은 재판을 할 때 물에 집어 넣어 그 죄를 판별하는 '물에 의한 죄인판별법'(ordeal by water)으로 많이 행해졌다. 이에 대하여는 제5장과 제6장에서 살펴보도록 한다.

68) *Ibid.*

69) *Ibid.*

법집행자는 자연이었던 것이다. 그리스의 비극시인 소포클레스(Sophocles)는 자신의 연극인 안티고네(Antigone)에서 안티고네가 생매장 당하였을 때 "그녀는 국가를 죄로부터 면책시킬 만큼 충분한 음식을 가져야만 한다"[70]고 하는 이상스런 말을 했다고 한다.

그렇다면 우리는 도대체 이러한 형벌을 어떻게 해석할 수 있을까? 이에 대하여는 다음과 같은 두 가지 이론이 있다.

제물희생이론 정조를 지키지 못한 베스타 수호처녀에 대한 형벌은 이러한 견해를 뒷받침해 준다. 또 제물로 바쳐진 희생자(대부분 어린애)를 새로 지은 다리나 벽 또는 건물에 "가두는 것"도 이 견해를 뒷받침해 주고 있다.[71] 후자의 경우에는 결코 범죄자라고 볼 수 없는데, 이러한 희생자는 결코 벽에 가두어지지 않았을 것 같다. 베스타 여신의 처녀가 행한 불법은 반역죄에 비견되는 범죄이기 때문에 정절을 지키지 못한 베스타 여신의 처녀를 범죄자라고 간주할 수는 있을 것이다. 그러나 그녀를 처형하는 것을 제물희생이라고 생각하기는 힘들다. 오히려 그것은 형벌 그 자체였다.

귀신배척이론 생매장이나 익사형이 역병(疫病)을 없애기 위해서 행해졌다는 견해가 있다.[72] 역병을 쫓기 위하여 사람을 생매장하였다는 증거는 상당히 많이 남아 있다. 그러나 그러한 사람들은 범죄를 범하지 않았다는 의미에서 죄가 있다고 할 수 없다. 또 이러한 이유로 어린 아이들을 생매장한 것도 흔히 행해졌다. 그러나 아마도 이러한 귀신배척이론은 범죄자를 늪에 빠뜨리거나 물에 빠뜨리는 것에 제일 잘 적용할 수 있을 것이다. 우리는 이미 늪에 범죄자를 빠뜨리는 것과 관련된 귀신배척의식을 주의깊게 살펴보았다. 익사형도 매우 복잡한 의식으로 행해졌다. 로마인들은 부친살해범에 대하여 대단히 추잡한 형벌을 집행하였다. 범죄자는 물이나 공기 또는 흙이 제거된 포대에 쌓

70) *Ibid.*, p.208.
71) Von Hentig, *Punishment*, p.96. 이 책을 보면, 베스타 여신의 城을 지을 때 미장이는 벽에다 어린아이가 앉을 의자를 만들어 놓았다. 그 아이가 울면 울음을 그치게 하기 위하여 빨간 사과 하나를 넣었다고 한다.
72) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, p.208.

여져 맹수에게 던져졌다. 범죄자는 온 몸이 묶인 채 독사나 닭, 개, 심지어는 원숭이들과 같은 모든 종류의 동물들과 함께 포대에 넣어졌다.[73] 혹은 머리에 소가죽이나 늑대가죽(흔히 사용된 것은 암늑대 자궁)이 씌워져 빨간 회초리로 채찍질을 당하기도 했다. 그러나 우리는 그들이 제물로 희생된 것이 아니라 범죄에 합당한 형벌을 받았다고 해야 한다. 즉 부친살해는 자연에 반하는 범죄였고, 따라서 범죄자는 당연히 자연의 일부분인 동물에게 다시 보내져야 했던 것이다.[74]

화 형

"만약 어떤 자가 내 말에 순종치 않으면 그는 마른 나뭇가지처럼 버려져 말라비틀어질 것이고, 사람들은 그것을 집어다가 불에 넣어 태워 버릴 것이다."

화형(burning) 역시 매우 오래된 처형방법 가운데 하나이다. 이 처형방법은 일찍부터 헤브류族은 물론, 게르만族, 켈트族, 바빌론族 등 수없이 많은 원시종족들이 범법자에 대하여 사용하였다.

불을 사용한 儀式과 화형에 대하여는 매우 흥미로운 두 가지 양상이 있다. 하나는, 어떤 문명이나 부족은 불을 대단히 숭배하여 이것을 시체를 없애는 가장 좋은 방법으로 여겼다. 그리스나 로마에서 신성한 제사 때 火葬用 장작을 사용했다는 이야기는 이러한 견해를 충분히 뒷받침해 주고 있다. 로마의 영웅이었던 케사르(Caesar)의 火葬을 위하여 로마시민들의 가구나 개인용품들을 화장용 장작으로 사용했다는 일화는 이러한 예를 가장 잘 나타내 주고 있다. 그러나 다른 한편 죽은 자를 없애기 위하여 불을 사용했던 다른 이야기는 그저 두려울 뿐이다 - 이러한 예는 특히 유대인들에게서 엿볼 수 있다.

---

73) Mommsen, reported in Von Hentig, *La Pena*, p.72.

74) Von Hentig, *Punishment*, p.72 에는 잘못 표현된 것이 있다. 즉 말이나 소 등의 동물이 많은 신에게 제물로 바쳐져 익사되었다고 표현한 점이다. 이렇게 제물로 바쳐진 것은 (사람이건 동물이건 간에) 전쟁의 포로로 잡혀 희생된 경우가 아닌 한 범죄자는 아니었던 것이다.

왜 이러한 일이 발생하여야 했는가? 이에 대하여는, 각기 다른 민족들이 자신들의 神에 대하여 각각 다른 생각과 관련성을 가지고 있었고, 위대한 영웅이 자신의 노예나 말 또는 장신구 등과 함께 화장되는 것은 그를 神에게 보내는 일로 간주했다는 대답을 할 수 있을 것이다. 즉 그는 불로 화하여 神에게로 다가갈 수 있다고 생각한 것이다.

그러나 이것은 어디까지나 죽은 다음에 화장하는 것이다. 생화장과는 다른 문제이고, 로마인의 경우 생화장은 특히 가장 싫어하는 적에게 적용하였다. 로마법에서는 화형이 방화죄를 저지른 사람에게 죄를 반영하는 것으로 행해졌다. 당시 방화죄는 고대시대부터 반역죄나 반란죄와 같이 사악한 범죄의 일종으로 간주되었었기 때문이다.[75]

전해오는 말로는 로마의 폭군 네로(Nero)가 악기를 켜고 있을 때 로마시에 불이 나자 그는 기독교인들을 방화를 일으킨 주범이라고 비난하였다고 한다.[76] 그에 따라 기독교인들은 가장 처참하게 처형되었다. 즉 동물가죽을 입고, 개에게 물어뜯기며, 말뚝이나 십자가에 못박혀 화형되었던 것이다.[77] 이따금 그 말뚝은 신체를 관통하여 입으로 나오기까지 했다고 한다. 네로는 불의 神이었던 불칸(Vulcan)의 노여움을 달래기를 바랬다.

이러한 형벌에 대하여는 다음과 같은 해석이 있다.

반영이론 로마법이 방화죄에 대하여 화형으로 벌하였다 해도 그것만으로 화형에 반영이론을 적용하기에는 부족한 감이 있다. 방화죄 이외에도 많은 범죄가 화형에 처해졌기 때문이다. 고대 유대인의 神인 야훼(Yahweh)는 근친상간이나 매춘에 대하여 화형을 명하였다.[78] 영국인들도 반역자에 대하여는 교수형에 처한 다음 화형을 시켰으며, 특히 부녀자 범죄인과 위조통화 주조자에게도 이러한 형벌을 내렸다고 한다.[79]

---

75) *Ibid.*, pp.84-86.
76) Tacitus, *Annals* 15, 44.
77) Von Hentig, *Punishment*, p.84.
78) Scott, *Torture throughout the ages*, p.158. Von Hentig, *Punishment*, p.81 에 의하면, 유대인들은 치욕의 징표로서 사후에 화형을 사용한 것 외에는 화형을 형벌로 사용하지 않았다고 한다.

제물희생 케사르나 포시도니우스(Posidonius)의 예에서 볼 수 있는 바와 같이 범죄자를 불의 神에게 제물로 바치는 예는 많다.[80] 화형은 스코트랜드와 갈리아(Gaul)지방의 고대 켈트族에게서 유래되었다고 한다. 매 5년마다 큰 축제가 열렸는데, 켈트族들은 범죄자를 모아놓거나 그 수가 충분하지 않은 경우 포로들을 전쟁에서 잡아들였다.[81] 축제가 다가오면 나무나 풀 등의 잔가지로 인형을 만들어 그 안에 산 사람이나 가축을 집어 넣었다. 어떤 때는 그 안에 있는 사람을 화살로 쏘거나 말뚝을 박기도 하였다. 그렇지만 종국에는 그 인형을 불에 태워 산 사람을 그대로 화형시켜 버렸다. 프레이저는 커다란 나무인형을 태우는 것이 오랫동안 유럽에서 한여름 축제의 절정에 해당하였다고 전하며, 이와 유사한 儀式이 고대 켈트族에게서도 많이 행해졌다는 것을 간과할 수 없다고 주장한다. 그러나 한 가지 주의할 점은 이렇게 범죄자들을 화형에 처한 것은 그들이 귀신이나 악마였기 때문이 아니라 그들이 써먹을 수 있는 존재, 즉 범죄자들은 사회에서 가장 낮은 계층에 속하는 사람들이었으므로 처분해도 상관이 없었기 때문에 희생제물로 사용된 것이라는 점이다. 그들은 범죄자로서 화형당한 것이 아니라 불의 神에 대한 속죄물로 화형된 것이다.[82] 사실 기록상으로 볼 때 유죄인 자를 제물로 바친 예보다는 죄없는 자를 제물로 바친 경우가 더 많다.

귀신배척이론 다른 해석으로는, 화형이 범죄자를 신체적으로나 정신적으로 완전히 사라지게 한다는 것이다.[83] 범죄자는 화형에 처해져

---

79) W. Andrews, *Bygone Punishment* (London: William Andrews and Col, 1899), pp.98-105.
80) Frazer, *New Golden Bough*, pp.642-47.
81) 프레이저는 범죄자가 많으면 많을수록 땅은 더 기름져진다고 믿었다고 전한다. 이 견해를 오늘날 적용해 본다면 현대적인 범죄원인론이 변화되는 것은 물론, 매력적인 범죄통제체계를 발전시킬 수 있을 것이다.
82) Strom, *Sacral Origin of the Germanic Death Penalties*, pp.90-97. 그러나 97면에 표현된 다음과 같은 말은 조금 과장된 것 같다. 즉, "… 형벌을 집행하는 의식과 제사의식 간에 직접적인 연관성을 맺을 만한 증거는 없다." 이러한 주장의 眞僞 여부는 '형벌집행의식'을 어떻게 정의하느냐에 달려 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 오늘날에는 형법전이 존재하기 때문에 쉽게 형벌집행형식을 인식할 수 있지만 예전에는 성문으로 된 형법전이 분명하게 문서화되어 있지 않았고, 또 종교상의 금지행위가 형법의 일부였기 때문이다.
83) *Ibid.*, p.197.

그 재는 바람에 흩뿌려지거나 화형대 주변에 뿌려지기도 했다. 근대 문명의 종교가 시작되던 때에는 불을 숭배했던 것이 대부분이었다.[84] 그러나 장소의 중요성을 생각해 본다면 유목민들이 그 장소에서 불을 밝혔다는 것은 그리 놀라운 일이 아니다. 불은 야누스와 같은 이중적인 모습을 가지고 있다. 즉 불은 그것을 관리하는 사람에게 많은 혜택을 준다. 그러나 그것을 잘못 관리하면 불은 종잡을 수 없이 번져 통제할 수도, 끌 수도 없게 되어버린다. 불 앞에 놓인 모든 것이 파괴되어 소멸되어버리는 것이다. 따라서 문명이 나타나던 초기 시절에 어떻게 불을 숭배하였는지, 모든 종교의식 속에서 어떻게 불이 핵심적인 상징이 되었는지, 그리고 수세기 동안 인간을 공포의 도가니로 몰아넣었던 사람들, 즉 마녀나 이교도 또는 쾌락주의자, 신성모독자, 미치광이, 범죄자, 늑대인간 등등이 완벽하게 불을 다루는 것을 어떻게 생각하였는지를 이해하기란 그리 어렵지 않다. "날카롭고 시퍼런 눈으로 그들은 숨어 있는 마귀를 보고 그것을 혀와 날카로운 이로 잡아먹는다 …"[85] 그러나 이 견해는 왜 범법자들을 생화형에 처했는지를 설명하지 못한다. 그것은 단지 왜 화형이 사체를 소각하는 데 사용되었는지를 설명해 줄 뿐이다. 다음의 해석을 고려해 보도록 하자.

땅에 대한 신성한 응보 지금까지 언급한 형벌 유형이 다른 것보다도 더 잔인했다고 주장할 수는 없지만 - 왜냐하면 그 형벌 모두가 끔찍하기 때문에 -, 나는 그 중에서도 生火刑이 가장 잔혹했다고 생각한다. 화형은 이태리와 스페인의 종교재판 시절 정점을 이루면서 그후 5세기 동안 계속되었다. 우리가 얻을 수 있는 자료에 의하면, 다음과 같은 결론을 도출할 수 있을 것이다. 즉 처형자가 범죄자에 대하여 가능한 한 많은 고통이나 고문을 가하려고 했던 것은 "인간적"이었다는 것이다. 헨리 모어(Henry More)는 글로체스터의 主教(the Lord Bishop of Gloucester)였던 존 후퍼 박사(Dr. John Hooper)가 1555년 이교도로 지목받아 화형당한 사건에 대하여 다음과 같이 자세히 기술하였다.

---

84) Von Hentig, *Punishment*, pp.80-81.
85) H. Oldenberg, *Die Religion des Veda* (Stuttgart: J. G. Cotta, 1917), p.573.

처형장소는 그가 설교를 하던 신학대학 앞에 있는 커다란 느릅나무 근처였다. 그 주변이나 그 나무 위에는 사람들로 가득차 있었다. 후퍼 주교는 무릎을 꿇고 기도를 하기 시작했다. 기도를 마친 후 주교는 형틀에 박힐 준비를 했다. 그는 성복을 벗고 그것을 형집행관에게 건네주었다. 그는 상의와 조끼 그리고 양말을 벗어던졌다. 이제 셔츠만 입은 채 그는 성복을 양 다리 사이에 묶고, 양 팔 밑에는 화약이 든 주머니를 달고 있었다. 그는 형틀에 올라 쇠로 만든 세 개의 테로 하나는 허리에 묶여지고 하나는 목에, 그리고 다른 하나는 다리에 묶여졌다. 그러나 그는 묶여지기를 거부했다. 그러면서 "너는 네 스스로를 괴롭힐 필요가 없다. 나는 하나님이 끈을 묶지 않아도 불의 고통을 이겨낼 수 있는 충분한 힘을 주시리라고 믿어 의심치 않는다. 또 육신의 나약함은 의심할 수 있으나 하나님의 힘은 믿어 의심치 않는다."고 말했다. 쇠로 만든 테는 짧았으나 그냥 그대로 그의 허리에 둘려졌다. 그는 몸이 죄어 손을 배 위에 올려 놓았다. 그러나 집행관들이 목과 다리를 묶으려고 하자 그는 완강히 거부하면서, "확신하건대, 너희들을 성가시게 하지 않을 것이다"라고 말하였다. 형틀에 묶여져 그는 눈과 손을 하늘로 향해 소리없이 기도하였다. 불을 붙이라고 지시한 사람이 다가와 그에게 용서를 빌자, 주교는 그가 죄를 지은 것이 없음을 알기 때문에 왜 주교가 그를 용서해야 하는지 반문하였다 "(그자는 말하기를) 아, 하나님, 나는 불을 지피라고 명을 받았습니다"라고 말하였다. 그러자 후퍼 주교는 "그대는 내게 죄가 없노라. 하나님은 너의 죄를 사하여 주셨고, 너의 죄를 위하여 내가 기도하노라"고 말했다. 그러나 두 개의 갈대잎 덩이가 주어져 그는 두 손에 한 뭉치씩 받아 그것을 팔 밑에 쑤셔 넣었다. 이제 불을 붙이라는 명령이 내려졌다. 그러나 섶단이 많았기 때문에 갈대잎 덩이에 옮겨 붙을 때까지는 시간이 걸렸다. 아침 공기는 차갑고 바람은 반대로 불어 불꽃이 일기 시작했지만 그에게 옮겨 붙지는 않았다. 다른 섶단에 또 불이 붙여져 맹렬하게 타기 시작했다. 곧 그 불이 화약주머니에 붙어 폭발하였으나 고통받고 있는 주교에게는 아무 소용도 없었다. 그는 "우리 주 예수여, 내게 자비를 베푸소서, 주 예수여, 내게 자비를 베푸소서, 주 예수여, 내 영혼을 구하소서"라고 큰소리로 기도하였다. 그리고 그 말이 마지막 말이 되었다. 그러나 그의 얼굴이 그을음에 까맣게 되고 혀가 부풀어 올라 더 이상 말을 하지 못하였을 때에도 그의 입술은 다 타 들어갈 때까지 움직였고, 한쪽 팔이 떨어져 나갈 때까지 가슴을 쳤으며, 다른 손가락에 피와 살이 다 타들어갈 때까지 그는 계속해서 가슴을 쳤다. 마침내 새로 불을 붙이자 그는 이제 기력이 쇠하여 그의 손은 쇠테에 들러붙었다. 곧 그의 하반신이 타들어가기 시작하였고, 그는 주위에 둘러싸인 사람들의 탄성과 고함 속에서 자신을 묶고

> 있던 쇠테 위에 불 속으로 쓰러졌다. 순교자의 몸은 한 시간 가량 타들어갔다. 그는 순한 양처럼 몸 한번 움직이지 않은 채 표현할 수 없는 분노를 새겼다. 그의 하반신은 다 타버리고 내장도 튀어나왔다. 그렇게 그는 마치 지옥과 같은 광경 속에서, 그리고 미국의 인디언들이 포로를 대하던 것처럼, 신성한 주교였던 존 후퍼 박사(워체스터와 글로체스터의 주교)는 사라져갔다.[86]

후에 유럽에서는 먼저 범죄자를 교살시킨 후 화형이 행해졌다. 이것이 인도주의적이었다고 하는 것은 1753년 자신의 남편을 독살시킨 앤 윌리암즈(Anne Williams)의 화형을 기술한 스트루트(Strutt)의 기록(1775년)을 보면 알 수 있다. 즉,

> 이 당시 법률에는 자신의 남편을 죽인 여자에게 생화형을 시킬 것을 규정하고 있었으나, 실제로는 형을 감하여 먼저 교살시킨 다음 화형에 처해졌다. 캐더린 헤이즈(Catherine Hayes)의 경우(그녀는 그보다 수년 전 남편을 살해한 죄로 형틀에서 사형을 당했다)에는 처음에 그녀를 목을 졸라 죽이려고 했다. 그러나 처형자들이 그녀의 목에다 밧줄을 감고 형틀에다 매려고 했을 때, 그 주위에 있던 숲에 불이 붙어 그 불이 그녀가 목졸려 죽기 전에 그녀에게 옮겨 붙었다. 숲에 거세게 불이 붙자 연기와 그을음이 형을 집행하던 사람들에게 들러붙어 그녀를 목졸라 죽이기 전에 하는 수 없이 그들은 줄을 놓쳐버리게 되었다. 그녀의 처형광경을 목격했던 사람들에 의하면 그녀는 죽기 전에 말할 수 없는 고통 속에서 죽어갔다고 한다.[87]

그렇지만 이 당시까지만 해도 이러한 형벌은 대부분 범죄자, 특히 여성범죄자에게 행해졌고, 이교도나 마녀에게는 거의 행해지지 않았다는 점에 유의해야 한다. 이들에 대하여는 종교재판이 진행되었기 때문이다. 그러나 제5장에서 살펴보는 바와 같이, 형벌에 대한 종교적인 관념은 여전히 남아 있었다. 도대체 어떤 관념이었던가? 중세에는 지옥을 불길에 쌓여 악마와 귀신이 뱀들과 함께 살면서 그들에게 보내진 자들을 고문하는 아주 역겨운 곳이라고 여겨졌다. 우리는 당시 프라 안젤리코(Fra Angelico[1385-1455], 초기 르네상스 시대의 이태리 화가이자 도미니크 교단의 수도사 - 역자 註)의 '우주의 재판'이나 J. 보쉬

---

86) More, *Persecutions of the Church of Rome*, pp.256-57.
87) Scott, *Tortures throughout the Ages*, p.212.

(Jerominus Bosch[1450?-1516]. 남 네덜란드 프랑드르를 대표하는 화가 - 역자 註)의 작품에 주목할 필요가 있다. 그들의 작품은 모두 지옥의 처참한 장면을 묘사하고 있다. 따라서 종교재판의 심판자들은 神의 분노를 이 땅에 끌어내려 그들이 상상하기에 악마에 의하여 가해지는 잔인한 형벌을 반영하려고 했다고 결론지어도 무리는 아닐 것이다. 그러므로 그들은 화형, 고문, 그리고 고통을 강조한 것이다. 화형은 그 뒤 신성하고 반영적인 형벌이 되었는데, 이것은 왜 산 사람을 화형시키는 것이 그 형벌의 주요한 측면이었는지를 설명해 주고 있다. 즉 이교도들은 죽은 뒤에 지옥에 끌려 가 모진 형벌을 받게 되었기 때문이다. 심판자들은 살아있는 죄인들에게 죽기 전에 지옥의 맛을 보여주기를 원했던 것이다.

여기서 우리는 심판자들이 儀式과는 전혀 관계가 없는 다른 이유, 즉 제도적인 이유와 심리상의 이유로 잔인한 고문을 가했다고 주장하는 사람들의 견해도 귀담아 들어야 할 것이다. 이러한 주장은 매우 타당성 있는 것이므로 다음 章에서 다루기로 한다. 이 점에 관하여 어떤 사람들은 불에 의한 죄인판별법(試罪法, ordeal by fire)이 때때로 儀式的인 형벌이었다고 말하고 있다.[88] 그러나 그것은 儀式的인 형벌이 아니라 儀式的인 판결이다. 이것은 특히 신성한 종교재판관들(the Holy Inquisitors)에 의하여 사용된 고문에 적용된다.

88) Von Hentig, *Punishment*, p.87.

신체절단형

형벌전문가들은 四肢切斷刑(quartering)의 최초의 기원은 할복형(disembowelling)이나 내장을 찢어 죽이는 형벌이라는 데에 모두 동의하고 있다.[89] 그리스와 로마 시대에는 내장이 신성한 역할을 한다고 여겨졌다. "신체의 가죽을 벗기거나 절단하는 것도 중요하지만 생명을 끝까지 유지하고 있는 기관, 즉 심장에 대하여 일격을 가하는 것이 중요하다"[90]고 했다. 이에 대하여는 몇 가지 해석이 있다.

신체기관에 대한 형벌 여러 가지 할복형의 경우를 살펴보면, 신체의 어떤 기관에 범죄가 자리잡고 있다고 여겨졌던 것 같다. 따라서 영국에서는 오랫동안 반역자의 심장을 꺼내어 이를 짓이겨 버렸고, 다른 신체기관들도 마치 범죄에 대한 책임이 있는 것처럼 취급되었다. 즉,

> 반역자는 감옥에서 끄집어내져 죄인 운반구에 실리거나 형이 집행되는 교수대에 이끌려져 반쯤 죽을 때까지 목이 졸린 다음 잘려졌다. 그의 내장은 신체 밖으로 끄집어내져 집행관이 이를 태웠다. 그 뒤 머리를 벤 후 사지를 절단하고, 잘려진 머리와 사지를 일정한 장소에 세워 두었다. 그 장소로 주로 사용되었던 곳은 市關門(the City Gates)이나 런던橋 혹은 웨스트민스터의 홀이었다. 이를 구경하려고 모여든 사람들에게 범죄를 더 끔찍한 것으로 생각하게 하기 위하여 형집행자는 처형자들의 심장을 들고서, "자 여기 반역자의 심장이 있다"고 말하며 보여 주었다.[91]

독일이나 스위스에서도 이와 유사한 예가 전해지는데, 어떤 경우에는 콩팥을 빨갛게 달궈진 펀셋으로 집어내기도 하였다. 이들은 콩팥이 바로 범죄자의 사악한 마음이 자리잡고 있는 기관이라고 생각했기 때문이다.[92] 다른 예로는 오렌지公을 살해한 발타자르 게라드(Balthazar Gerard)의 처형이다.[93] "첫째 날 그의 몸은 껍질이 벗겨져 소금으로 문질러진 다음, 바늘이 손가락에 꽂혔다. 다음 날 그의 육신은 빨갛게

89) *Ibid.*, p.98; Scott, *Tortures throughout the ages*, p.212.
90) Von Hentig, *Punishment*, p.99.
91) J. Stow, *A Survey of London* (New York: Dutton, 1912).
92) Von Hentig, *Punishment*, p.99.
93) *Ibid.*

달궈진 집게로 찢겨졌다." 그 다음 그의 심장이 잘려져 손 위에 놓여 막대기가 관통되면서 다음과 같은 말을 들었다. "자기 주인을 참혹하게 살해한 살인범이 이제 그에 대한 응보를 받는다." 그 다음 그는 사지가 절단되고 절단된 팔과 다리는 각처로 배분되었다. 다른 예에서도 범죄자의 심장을 몸에서 꺼내어 그의 얼굴에 디밀면서 "자, 봐라. 너의 심장을!"이라고 말하였다. 범죄자가 범죄를 범한 현장에서 절단된 사지가 전시되는 예도 있었다.

죽음에는 이르지 않더라도 "죄를 지은" 범죄자의 특정 신체기관에 대한 형벌이라는 의미에서 다른 형벌도 흥미를 끈다. 영국의 헨리 1세 당시에는 위조통화범의 오른손을 자르는 것이 통례였고, 중세에는 방화범이나 살인범을 처형하기 전에 그의 한쪽 손을 자르는 것이 보통이었다. 神을 모독한 자에게는 혀를 자르거나, 프랑스의 개신교도인 위그노(the Huguenots)들의 경우에는 "혀에다 구멍을 뚫어 쇠로 된 핀으로 빰에다 혀를 고정시켜 두기도" 하였다.[94] 때로는 귀가, 때로는 코가 잘려지기도 했고, 칼에 씌워진 죄수에게 낙인을 찍는 경우도 있었는데, 이것은 모두 특정한 신체기관에 대한 형벌로 웃음거리로 만들기 위해서 행해졌다. 나중에 이들 형벌에 대하여 살펴보기로 한다. 고문을 위해서도 신체절단이 행해졌는데, 이에 대하여는 제4장에서 고찰해 보자.

응 보 이 책의 후반부에서 응보에 대하여 자세히 살펴볼 것이지만, 이러한 응보의 형벌원칙이 가장 원시적으로 표현된 것 가운데 하나로서 범죄를 형벌에 반영시키고자 했던 시도였다는 점을 유념해 두어야 할 것이다. 범죄실행에 개입된 특정 신체기관에 대한 형벌은 방금 언급한 바와 같이 반영에 의한 응보 형태로 간주되었다.

사지절단형에 포함된 수없이 다양한 형태의 고문을 생각하면 이 방법은 아마도 가장 잔인한 것이 아닐까 하고 생각하게 된다. 왜냐하면 야만적인 잔인성이란 한도 없고 끝도 없는 것이기 때문이다. 현대인들이 볼 수 있는 과거의 기록들을 보면 특히 중한 범죄, 예컨대, 섬뜩한

94) Scott, *Torture throughout the ages*, p.211.

살인범이나 국왕살해범 또는 신뢰했던 충복이 주인을 살해하는 경우만을 묘사하고 있는 것 같다. 따라서 그러한 끔찍한 그림들을 보면 마치 처벌하는 자가 그러한 광경을 즐기기 때문에 모진 형벌을 가하는 것이라고 생각하게 하지만, 실제 이유는 사형방법을 범죄의 잔혹성이나 중대성과 같게 만들려는 데 있다. 그러나 나는 이러한 점을 과장해서 표현하고 싶지는 않다. 왜냐하면 가장 끔찍한 할복형을 보면 누구나 공포에 질려 얼굴이 창백해 질 것이고, 마치 짐승과도 같은 고문을 가하는 것 외에 다른 이유로 고문이 행해진다는 결론을 피하기가 어렵기 때문이다. 프랑스에서 마지막으로 할복형에 의해서 처형된 자는 로베르 프랑스와 다미엥(Robert François Damiens)이다. 그는 1757년 대역죄와 국왕살해죄로 유죄판결을 받았다. 그의 처형에는 특별한 명령이 붙여졌는데, 그것은 공범자를 자백하게 하기 위해 일반 및 특별심문을 받게 하는 것이었다. 법원은 명하기를,

> … 다미엥은 그레브 광장(the Greve)에 끌려 와 교수대에 묶여져 팔과 다리가 불로 달궈진 집게에 찔려 타들어가고 있었다. 그의 오른손은 국왕을 살해하려던 칼을 잡고 있었다. 그 칼은 유황이 부어져 지글지글 타고 있었다. 끓는 기름과 납과 송진, 그리고 밀랍을 녹여 유황과 함께 그의 상처에 부었다. 그리고 난 뒤 네 필의 말로 그의 사지를 잡아당겨 사지가 잘리운 채 불에 태워졌다. 그 재는 바람에 사방으로 흩날리면서. 법원은 그의 재산을 국왕의 이익으로 몰수하라고 명하였다. 처형을 받기 전에 다미엥은 그의 공범을 자백케 하기 위해 일반 및 특별심문을 받았다.[95]

이 끔찍한 고문은 하나하나씩 집행되었고, 마침내 그의 찢겨진 팔다리는 말에게 끌렸으며, 집행관은 다미엥의 사지를 몸에서 떼어내기 위해 말을 몰라고 명령했다. 그러나 몸의 힘줄이 단단하여 사지를 분리하기가 쉽지 않았다. 마침내 집행관은 산 채로 그의 사지를 칼로 자르라고 명령했다. 이러한 처형방법이 영국에서는 행해지지 않았지만, 프랑스와 독일에서는 광범위하게 사용되었다. 실제로 독일 지역의 교수형 집행관이나 형집행관들은 15세기 이후 속어나 은어로 "푸주간 주인" 또는 "고기 절단자"라고 불려졌다. 이제 이러한 처형방법에 대한

95) *Ibid.*, p.213.

마지막 해석에 관하여 살펴보도록 하자.

동물사육제 독일의 뉘른베르그 박물관(Nürnberg German Museum)에 있는 페르 콜렉션(the Fehr collection)에 전시된 동물의 사지절단에 관한 그림을 보면 인간의 사지절단과 동물의 사지절단이 매우 유사한 것을 알 수 있다.[96] 인간의 내장은 마치 동물의 내장을 그러했던 것처럼 태워졌다.[97] 초기 튜튼族의 시대에도 나무를 제멋대로 자르는 데에 대하여 형벌이 내려졌다 - 우리는 앞서 그 당시 나무를 신성하고 경건한 것으로 숭배했다는 것을 관찰한 바 있다. 만약 어떤 자가 나무껍질을 벗겨 나무를 죽였다면 그 나무의 상처를 덮을 수 있을 만큼의 내장을 그 자의 신체로부터 꺼냈다.[98]

내장을 꺼내는 형벌은 보통 말의 꼬리에다 매어 놓고 이를 끌게 했다. 이러한 형벌은 특히 이교도들을 십자가에 못박기 전에 그들에 대하여 행해졌다. 후에는 범죄자의 다리를 말의 꼬리에 묶어 두고 등을 황소가죽이나 썰매 위에 얹은 다음 그 범죄자를 끌고 가는 식으로 행해졌다. 후일 영국에서는 이러한 처형이 사라지게 된 대신 마차에 태우는 것으로 대체되었다. 옛날 아킬레스(Achilles)는 헥토르(Hector)의 몸을 트로이城 주위에서 끌고 다닌 적이 있다. 이렇게 범죄자의 육신을 질질 끌었던 이유는 바로 범죄자의 족적을 없애기 위한 것이었고, 그렇게 함으로써 죽은 자가 다시 그 처형 장소에서 자신의 자취를 찾을 수 없도록 한 것이었다.

96) Von Hentig, *Punishment*, p.98.
97) *Ibid.*, pp.98-99. 여기서는 조금 다르게 표현하고 있다. 왜냐하면 여기에서 인용된 문장에서는 내장을 매장한다고 하였기 때문이다.
98) *Ibid.*, p.98.

결 론

이제 결론적으로 사형의 신성한 기원에 대한 논의를 정리해 보도록 하자.

희생양으로서의 범죄자 일반적으로 범죄자는 범죄행위를 범하였기 때문에 신성한 神에게 제물로 바쳐지지는 않았다. 그렇지만 간혹 교수형에 처함으로써 이러한 일이 전혀 발생하지 않았다고는 말할 수 없다. 오히려 범죄자들은 더 낮은 사회적 지위를 가진 자들과 함께 제물로 바쳐졌다. 실제로 대개의 경우 죄없는 아이들이 여러 神에게 제물로 희생되었다.

惡의 傳令으로서의 범죄자 역사적으로 볼 때 오랜 기간 동안 종교상의 죄와 형법상의 죄는 서로 밀접하게 관련되어 겹쳐 있었기 때문에 어떤 범죄자가 형법상의 범죄자인지 아니면 종교상의 죄인인지를 분명히 구분할 수는 없지만, 범죄자를 악의 전령으로 보는 견해가 상당히 오랫 동안 지배하였다. 실제로 처벌자는 범죄자가 사후에 어떻게 될지에 대하여 두려워했기 때문에 형벌은 특별한 형태를 띠게 되었다고 하는 것을 암시해 주는 많은 증거들이 있다. 그러나 이러한 공포는 죽어 가는 혹은 죽은 모든 사람들에게 있었던 것으로 특히 정당하게 죽든 그렇지 않든 간에 의도적으로 죽게 되는 모든 사람들이 가지고 있었던 것이다. 따라서 범죄자가 처벌되는 것은 이중적인 두려움을 불러일으켰는데, 그 이유는 그것이 분명히 고의적인 살해이고, 죄를 저지른 사람에 대하여 행해졌기 때문이다. 그러므로 귀신을 배척하는 방법이 사용되었다고 한다면 공동체는 그 악행을 저지른 사람을 제거해야 했다. 살해에 대한 대가를 치러야 했기 때문이다.

간접적 형벌 범법자를 의도적으로 죽이는 데에는 어려움이 따랐기 때문에 다양한 처벌방법이 상징적으로 행해졌다. 즉 범죄자를 고발한 사람이 직접 죽이는 것이 아니라 그러한 역할을 바로 자연에 맡겨두는 방법이 그것이다.

집단형벌 이것은 가장 오래된 유형의 형벌로 범법자나 사회 일반인의 악감정을 모두 없애버린다는 의미에서 공동체의 피의 굶주린 감정을 노출시키는 것이다. 즉 집단적인 감정을 "정화"시키는 의미이다. 그러나 그것이 가장 오래된 유형의 형벌이고, 사람들이 직접 처형하는 데 참여하지 않는 다른 형벌들보다 선행된 것이라는 점에 유의해야 한다. 후일 공개처형은 17, 18세기에 다른 목적을 가지고 행해졌는데 이에 대하여는 나중에 고찰해 보기로 한다.

악마배척의식 다양한 형식의 儀式이 사형과 함께 행해졌고, 이것은 여러 종류의 악을 막기 위한 수단으로 행해졌다고 설명할 수 있다. 뼈를 부수는 것, 아홉 개의 쇠바늘이 달린 바퀴와 마술고리의 사용, 화형시킨 뒤 재를 바람에 흩날리도록 내버려 두는 것, 할복과 사지절단, 익사형과 늪에 빠뜨리는 것, 땅에 말뚝을 박아 묶어두는 것, 참수, 교수 등 이러한 모든 형벌은 악마에 대한 대응 형태라고 해석할 수 있다.

응보와 반영 어떤 유형의 사형은 문자 그대로 '눈에는 눈'이라고 하는 탈리오 법칙(lex talionis)을 적용하기 위하여 특정한 범죄에만 행해졌다. 그러한 예로는 방화범에 대하여 화형을 시키거나 경계를 침입한 범법자의 목을 베어버리는 경우를 들 수 있다. 응보의 원시적인 형태는 "반역자의 심장"을 꺼내어 찢는 것과 같이 특정한 신체부위에 대하여 가해하는 것이다. 또 다른 유형의 응보는 지옥의 형벌을 이 지상에서 재연하는 것이다. 이것은 화형이라든가 할복형 또는 산 채로 사지를 절단하는 형벌과 같은 참혹한 형벌을 잘 설명해 준다.

나는 이 章에서 제시한 처형 방법이 사형에 대한 유일한 설명이라고 주장하는 것은 결코 아니다. 다양한 형벌은 그 나름대로의 사회적·정치적 목적에 이바지하고 있으며, 그것은 제도적 유형의 관점에 따라 관찰되어야 한다. 이제 제도화된 형벌 유형이 어떻게 발전하였는지에 관하여 다음 章에서 살펴보기로 하자.

제4장 형벌과 복종 : 여자, 아동, 노예, 군인에 대한 처벌

제4장 형벌과 복종 : 여자, 아동, 노예, 군인에 대한 처벌

우리는 앞서 사회에서의 문명과 형벌의 기원에 관하여 다양하게 고찰해 보았다. 이와 같은 설명을 '무리'를 이루고 있는 집단, 즉 아버지와 아내 그리고 자식들로 이루어진 가족에도 적용해 볼 수 있을 것이다. 아버지에 대한 복종은 절대적인 것이었고, 씨족에 대한 복종은 신성한 의무였기 때문이다.

형법이나 형벌이 존재하기 이전에 이미 사람들의 집단, 즉 가족이 존재하고 있었다는 것을 인식하는 것이 중요하다. 따라서 형법과 형사절차 등의 제도가 발전함에 따라 형벌이 취하고 있던 특정한 유형을 추적할 수는 있지만, 많은 유형의 형사적 처벌이 범죄의 개념에 선행하여 존재하고 있던 처벌에서 채택되었을 것이다.[1] 또한 형벌의 정당성에 대한 많은 이론들은 근대적인 형법 이전에 선행하고 있던 사회제도 내에서 사용된 형벌에서 유래한다고 볼 수 있을 것이다. 이 점에 관하여 우리는 초기의 제도상의 형벌모델들을 구분해야 할 것이다. 이러한 구분은 19세기와 20세기에 제기되었던 형벌의 정당성 논의와 그 철학적 논의를 이해하는 데에 매우 중요하다. 그 두 모델은 바로 복종모델(obedience model)과 상호성모델(reciprocity model)이다. 복종모델의 원형은 초기 가족 내에서 사용된 처벌이다. 복종을 유지하기 위해서는 처벌이 필요했다. 우선 자식을 아버지에게 복종케 하는 데 필요했고, 나중에는 모든 가족구성원들을, 예컨대 근친상간의 타부, 토템신앙의 유지, 그리고 다른 의식들을 유지하는 데 복종시키기 위하여 필요했다. 후일 이러한 복종모델이 점차 형식적인 제도로 화한 것이 군대에서의 복종인데, 이것은 그리스와 로마의 도시국가에서 정형적으

1) 이러한 가설은 라드부르흐(Gustav Radbruch)가 노예제도와 형벌과의 관계를 논하면서 그의 저서인 ≪*Elegantia Juris Criminalis*≫(Basel: Verlag für Recht und Gesellschft, 1950)에서 처음 언급하였다. 이러한 견해는 그 후 셀린(Thorsten Sellin) 교수가 그의 저서인 ≪노예제와 형벌제도 *Slavery and the Penal System*≫ (New York: Elsevier, 1976)에서 지지하였다.

로 나타나 현대에 이르기까지 역사를 통하여 반복되는 전쟁으로 고취되었다.

상호성모델은 결투에 그 기원을 두고 있다. 즉 결투란 잘못 행해진 불법 내용을 상호 협상하여 가해를 가한 자 또는 가해를 당한 자가 서로 그 가해에 해당하는 행위를 가하는 것이다. 상호성모델과 복종모델의 가장 큰 차이점은, 복종모델의 경우에는 처벌하는 자와 처벌받는 자의 신분이 틀렸다는 점이다. 즉 처벌자는 사회적으로나 경제적으로(그리고 대개는 정치적으로) 우위에 있다. 이에 반하여 결투의 경우에는 처벌을 가하는 양자의 신분이 같다. 따라서 상호 복수라는 성질을 가지고 있는 것이다. 나중에 논하게 될 것이지만,[2] 형벌의 상호성모델은 응보적 형벌사상에 그 기반을 두고 있다.[3] 그러나 우리는 응보형을 지지하는 사람이나 비판하는 사람들이 응보적이라고 주장한 것들의 많은 것이 사실은 그렇지 않다는 것을 알게 될 것이다. 응보형은 사실 복종의 기능을 가지고 있는 것이다. 그에 대한 한 가지 이유를 들자면 상호적(또는 응보적) 형벌은 결투와 함께 사라졌다는 점이다. 비록 근대적인 형법에서도 결투법을 찾아볼 수는 있지만,[4] 사실은 복종모델이 상호성모델보다 선행하였다. 뿐만 아니라 로마의 멸망 이후 사회의 혼돈기에 결투가 한때 많이 사용된 이후 고대나 중세시대에 이미 복종모델이 상호성모델을 대치시켰다.

처벌의 복종모델이 먼저 선행하였고 이것이 형벌을 주도적으로 지배하였다는 점에는 의심이 없다. 이에 대하여 간략하게 짚고 넘어가 보도록 하자. 이제 제도화된 복종모델의 형벌 형태를 살펴보도록 한다.

노예와 가족에 대한 형벌

역사적으로 볼 때 여성과 아이들, 그리고 노예는 상당히 밀접하게

2) 제5,6,7장 참조.
3) 물론 이것은 제3장에서 보았듯이 종교적인 측면에서 그렇다.
4) 예컨대, 텍사스의 형법전은 다른 법전보다 광범위하게 정당방위를 인정하고 있다.

관련되어 있다. 사실 중세 초기까지만 해도 그들의 사회적인 신분에는 별 차이가 없었고, 따라서 처벌받는 상황에 있어서도 특별한 차이가 없다고까지 말할 수 있다. 그러나 여성과 아이들을 노예와 같이 간주하는 것은 조금 어폐가 있는 것처럼 느껴진다. 물론 오늘날에도 그들이 같다고 주장하는 것은 아니다. 사회생활의 발전이라는 점에 비추어 볼 때 현 시대와 호머가 살던 시대에는 상당한 간격이 있다. 그러나 본래 그들은 거의 유사한 사회적 · 법적 지위를 점하고 있었다. 문명이 발달함에 따라 다른 사회통제제도가 나타나게 되었고, 그 결과 각각에게 적용되는 서로 다른 형벌과 형벌제도가 생겨났다. 그에 따라 나타난 사회제도가 바로 가족, 학교 그리고 노예제이다.

게다가 독자들은 가족의 사회역사적인 발전에 관하여 상당한 논란이 있음에 유의해야 할 것이다. 가족이 가장 오래된 사회제도라는 신화에 대하여는 수없이 많은 비판이 제기되고 있다. 이 분야에게 권위가 인정된 에이리스(Aries)의 저서인 ≪아동의 시대 *Centuries of Childhood*≫[5]에서 그는 적어도 15세기 이전에는 가족의 개념을 알지 못했다고까지 주장하고 있다. 그러나 나의 견해로는 에이리스가 너무 제한된 현대적인 의미에서 가족이라는 용어를 사용하지 않았나 생각한다. 그는 가족이라는 개념을 생물학적인 의미를 초월하는 강한 감정적 연대감에 의하여 결속된 가족집단을 의미하는 것으로 사용했다. 또 그가 '가족'이라는 개념이 사람들의 마음 속에 존재하지 않았다는 것을 의미했는지도 불명확하다. 에이리스는 아마도 중세시대 이후의 제한된 시기만을 고찰하였기 때문에 자신이 상정한 가족이라는 개념을 다소 과장했던 것 같다. 그는 그 시대 이전에도 많은 유형의 가족이 있었다는 것을 인식하지 못했다. 분명히 로마의 시민법은 거의 병적인 정도로 가족의 개념을 중심으로 발전하였다.[6] 또한 많은 종교의식도 가정이나 가정에서의 신성한 분향소에서 행해졌다.

그러나 혹자는 오늘날의 가족상이라고 할 수 있는 핵가족에 관한 부분에 대하여는 에이리스와 견해를 같이할 수 있을 것이다. 사실 핵가

5) P. Aries, *Centuries of Childhood* (New York: Alfred A. Knopf, 1962), p.353.
6) W. W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge : University of Cambridge Press, 1921, 1963).

족이 나타난 것은 불과 1세기도 되지 않는다. 그 전에는 가족이 떨어져서 살지도 않았으며 핵심적인 가족구성원이 아닌 자도 함께 살았던 것이다. 그 당시에는 이들도 가족생활을 사회적으로 또 심리적으로 형성하는 데 중요한 존재였다. 사촌이나 조부 그리고 그 밖의 확대된 가족구성원은 별도로 하더라도 하인이나 노예, 유모나 뜨내기 손님들까지 한 가정에 함께 사는 것이 보통이었다. 심리역사학자들은 최근에야 비로소 이러한 부수적인 가족생활의 요소가 지닌 중요성을 인식하고 분석하기 시작했다.[7]

제도가 발전하고 적응하며 변화함에 따라 가족이 가장 오래된 사회제도가 된 것은 의심의 여지가 없고, 그것은 그만큼 형벌제도의 근원이 되었다.

초기 로마황제시대에 家父長權(patria potestas)이라는 개념이 로마시민법을 지배하였고, 이것은 간접적으로 형법에도 영향을 미쳤다. 로마에서는 형법이 그다지 발달하지 못했다. 왜냐하면 형법은 민법의 부속물이었을 뿐이었기 때문이다. 그 이유는 대부분의 법문제들이, 심지어는 살인과 같은 범죄문제도, 민사소송의 문제로 간주되었기 때문이다.[8] 가부장권은 家父長制(paterfamilias)로 이행되어 家長에게 무제한의 권력이 주어졌다. 어찌 되었든 가족에는 그 구성원은 물론 노예도 포함되었다. 초기 로마제국시대에 가부장제로 인하여 家長은 모든 가족구성원의 生死剝奪權을 가지게 되었고, 가족의 매매권, 혼인거부권, 그리고 이전에 버린 자식을 다시 호적에 입적시킬 수 있는 권한까지도 가지게 되었다 - 이에는 매우 복잡한 규칙이 있었다. 나중에는 새로 태어난 아이를 매매할 수 있는 권한만이 허용되었다. 물론 노예는 마음대로 사고 팔 수 있었다.

가장은 형법적인 측면에서나 사회적으로나 형벌을 행사할 수 있는 권한을 가진 자였다. 가장은 아무런 간섭도 받지 않고 가족구성원을

---

7) L. Demause, "Evolution of Childhood", *Journal of Psychohistory* 1, 4 (Spring 1974): 503-575.

8) Buckland, *Textbook of Roman Law* 참조. 여기서 우리는 형사적인 불법과 관련된 결투의 전통도 민사적인 차원에서 다루어졌다는 것에 유념해야 한다.

고문하거나 처벌할 수 있었다.[9] 어느 누구도 그의 '家産'에 손을 댈 수 없었다. 만약 노예가 잘못을 저지르게 되면 그 문제가 곧장 주인에게 통보되었고, 주인은 그의 처벌을 결정했다. 그러나 노예나 남자자식들은 특히 경제적인 가치가 있었기 때문에 그들에게 신체적인 형벌이 가해질 가능성은 적었다는 점에 유의해야 한다. 그러나 여자, 특히 딸들은 경제적인 가치가 없었다. 사실 딸들은 독특한 경제적인 부담을 지고 있었다. 즉 결혼을 시킬 때 그 남편에게 지참금을 지급해야 했던 것이다. 이러한 이유 때문에 딸을 낳으면 내다 버리거나 죽여버렸다. 사실 여자아이를 살해한 것은 중세에 이르기까지 유럽 전역에서 수없이 많이 찾아볼 수 있는 예이며,[10] 이것은 그 당시 남성과 여성의 인구비율에 있어 남성이 훨씬 더 많았다는 사실에서도 입증되는 바이다.

일부일처제가 점차 발전됨에 따라 아내들도 사회적 지위나 경제적 가치를 가지게 되었다. 그러나 그들이 해방되었다는 것은 결코 아니다. 결혼할 때까지 여자는 아버지의 가정규율에 복종해야 했고, 결혼한 뒤에는 - 나중에는 남편의 아내 처벌권이 상실되긴 하였지만 - 남편의 명령에 복종해야 했다.[11] 초기 로마황제시대 이전에 '가정형벌'이 있었다는 기록이 많이 전해진다. 리비(Livy)는 그러한 예를 한 가지 전해주고 있다. 마법이 창궐하던 시절 여성들의 비밀사교집단이 드러났다. 그 여자들은 처형명령을 받아 "그녀들을 책임지고 있는 사람들에게 넘겨졌다. 왜냐하면 그들 스스로 비밀스럽게 그녀를 처벌하기 위해서 말이다."[12]라고 리비는 전한다. 私刑은 가족의 감정에 양보한

9) Von Hentig, *Punishment*, p.34; *ibid.*, passim.
10) Demause, "The Evolution of Childhood", passim. Von Hentig, *Punishment*, p.32. 스타르타 사람들이 '미성숙한 유아'를 내다버렸다는 사실은 잘 알려져 있다. 여기서 간과해서는 안될 점은 죽음을 당한 유아가 대부분 여자아이라는 점이다. 델피(Delphi)에서 발견된 2세기경의 한 부조물을 살펴본 결과 600세대 가운데 단지 1%만이 두 명의 딸을 양육했다고 한다. 이에 대하여는 J. Lindsay, *The Ancient World* (New York: Putman, 1968), p.168 참조.
11) 러시아에서는 징계의 목적을 위한 남편의 아내처벌권이 17세기 중반까지 존속했다고 한다. W. Mandel, *Soviet Women* (Garden City, N.Y.: Anchor, 1975), p.13 참조. 역사적으로 여성에게 가해진 잔혹성에 대하여는 E. G. Davis, *The First Sex* (New York: Putman, 1971), pp.254-255 참조.
12) B. A. Hanawalt, "The Female Felon in Fourteenth-Century England", in *Women in Medieval Society*, ed. S. M. Stuard (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1976), pp.125-140. 중세시대 여성들이 死刑을 받게 되는

것으로 간주되었다. 왜냐하면 공개처형(가장이나 주인이 아닌 다른 사람이 집행하는)은 일종의 수치로 여겨졌기 때문이다.

로마제국 이후 여성들은 신성한 종교재판의 일부분으로서 종교박해의 특정한 대상으로 선택되었다. 이에 대하여는 다음 章에서 살펴보도록 한다. 그러나 형벌에 관한 한, 중세시대에는 여성이 남성보다도 훨씬 더 잘 처우되었었다고 말할 수 있다. 1300년부터 1348년까지 영국의 노포크(Norfolk), 요크셔(Yorkshire), 노스햄프튼(Northampton) 지역의 여성범죄를 조사해 본 결과 하나발트(Barbara Hanawalt)는 재판에 부쳐졌던 총 10,607건의 중죄의 남녀 구성비가 9대 1이었다고 한다.[13] 게다가 재판에 부쳐진 여성 가운데 16%만이 유죄판결을 받은 반면, 남성은 30%였다고 한다. 여성에 대하여 차별적으로 대하였던 유일한 면은 死刑에서였다. 만약 아내가 남편을 살해한 경우(오늘날에도 빈번히 발생하지만) 이것은 반역죄와 마찬가지로 엄하게 처벌되었다(집안의 '왕'을 죽였기 때문이다). 즉 생화형을 시켰던 것이다. 나머지 범죄나 형사절차는 남녀 모두 같았다.

로마시대의 기록에 따르면, 아이들과 노예가 비슷하게 대접을 받았다고 한다. 아이들은 식사시중을 들었고,[14] 유모나 가정교사와 같은 노예들의 보호를 받았다. 또한 아이들은 노예인 가정교사로부터 매를 맞기도 하였다. 노예에게 매를 맞을 정도라면 아마도 가장 낮은 사회적 지위를 차지하였을 것이다.

그러나 이러한 단순비교만을 해서는 안된다. 아이들과 노예의 운명이 모두 아버지인 주인의 손에 달려 있었지만 법은 노예를 차별하고 있었고, 형벌은 훨씬 더 가혹했다. 초기 로마제국시대에는 만약 주인이 노예에 의하여 살해되었다면 그 집안에 있던 모든 노예들이 당연히

범죄는 주로 영아살해였다. 이에 대하여는 제6장에서 언급할 것이다. 그러나 하나발트(Hanawalt)에 의하면 기록을 보면 이러한 범죄가 발생한 경우는 매우 낮았다고 한다. 그러나 하나발트는 아마도 당시의 열악한 경제조건 때문에 주변에서 이러한 범죄를 '은폐'해 주었을 것이라고 추측하고 있다.

13) *Ibid.*

14) W. W. Fowler, *Social Life at Rome in the Age of Cicero* (New York: Macmillan, 1909), p.177.

사형에 처해졌다. 게다가 집주인이 집안 사람이 아닌 다른 사람에 의하여 살해된 경우에도 노예들은 주인이 살해된 데 대하여 책임을 졌다. 왜냐하면 충직한 노예라면 당연히 주인의 죽음을 막아야 했었기 때문이다.[15]

그때까지 가장 참혹한 형벌은 노예를 증인으로 삼아 고문을 가한 것이었다. 이것은 아마도 고문을 통하지 않고 노예로부터 얻은 증거를 인정하지 않았던 그리스의 관행이 이어져 온 탓인 것 같다.[16] 고문의 형식은 종교형벌에서 보는 것과 유사한 것들이었다. 즉 채찍, 고문대, 엄지손가락을 죄는 도구, 그리고 창살이 달린 바퀴 등으로 고문을 가했던 것이다.

당시의 형벌유형은 기본적으로 노예와 자유민에게 똑같았다. 단 노예는 망명권이 없을 뿐이었다. 따라서 자유민은 혹독한 형벌을 피할 수 있었으나 노예는 그렇지 못하였다. 폭력범죄를 범한 경우 노예는 죽음을 당하거나 광산, 부두 또는 길을 닦는 일을 하도록 벌이 내려졌다. 노예에게는 또 鬪技場에서 맹수와 싸우는 형벌이 내려지기도 하였는데 이 형벌은 콘스탄티누스 황제가 금지할 때까지(325년) 계속되었다. 절도범은 채찍형을 받았고 타페이안 암석계곡(the Tarpeian Rock)에 내버려졌다.

여기서 주의해야 할 것이 있다. 노예는 일종의 재산으로 취급되어 만일 잃어버린 경우에는 원상회복하도록 되어 있었다. 가부장 원칙이 엄격하게 시행되었을 때에는 나쁘게 사용하는 경우가 아니라면 - 수선이 필요한 낡은 자동차를 바꾸는 것처럼 - 아마도 주인이 스스로 자기 재산을 처분하는 일은 없었을 것이다. 따라서 노예를 실제로 死刑에 처하는 일이 빈번하게 발생하였는지는 의심스럽다. "관습적인 통속적 로마법" - 다양한 조문으로 구성된 법에 반하여 실생활에 적용되었던 법 - 을 정밀하게 고찰하기가 어렵기 때문이다.

15) 이 법은 너무 엄격하고 포괄적이라 집행할 수 없었기 때문에 후일 폐지되었다. 이에 관하여는 W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery* (New York: AMS Press, 1969), p.91 참조.
16) St. John, *Manners and Customs of Ancient Greece*, Vol.III, p.239.
17) Buckland, *Textbook of Roman Law*, passim.

그러나 노예나 하인들이 혹독하게 채찍질을 당했다는 것은 의심의 여지가 없다. 보통 노예나 하인들은 쇠로 만든 추와 못이 달린 로마의 악명높은 가죽채찍(flagellum)으로 다른 노예에 의해 채찍질을 당했다. 남자노예가 채찍질을 당한 것은 말할 것도 없거니와 여자노예들도 채찍질을 당했다. 여자노예에게 채찍질을 가하는 것은 흔히 여주인의 마음에 달렸던 것 같다.[18] 로마제국 초기에는 노예가 경제적인 가치가 있음에도 불구하고 집주인이 노예들을 구타하거나 채찍질을 하여 죽게 만드는 일이 흔했다. 후기 로마법에서는 주인이 처벌할 수 있는 권한을 가지지 못하게 되었고 그 권한은 공공집행관이 행사했다. 노예에게 과도한 형벌을 가하는 것이 차츰 사라지게 되었고, 특히 여자노예를 때려 30일 내에 죽게 만드는 것이 불법으로 간주되었다.[19]

노예제의 상태는 근대에도 마찬가지였다. 미국 남부지방에서 노예를 어떻게 다루었는지에 대하여는 잘 알려져 있으며, 마찬가지로 유배형이 시행되던 시절 식민지에서의 수형자도 노예와 마찬가지로 취급되었다. 그 당시의 법은 로마법을 근본으로 하였기 때문에 로마법과 상당히 유사했다. 물론 그 법은 노예를 보호하는 것이 아니라 주인을 보호하기 위한 것이었다. 당시 루이지애나州의 민법전에 따르면, "노예는 전적으로 주인의 의지에 따라 징벌할 수 있다. 단 가혹하게 징벌하거나 신체를 상해 또는 절단하거나 생명을 잃게 할 정도의 위험에 처하게 하거나 죽음에 이르게 해서는 안된다."[20]라고 규정되어 있다. 18세기까지의 법률은 적어도 노예의 신체절단(눈을 뽑거나 혀를 자르는 것 따위)을 금하고 있었지만 채찍형은 언제나 허용되었다. 채찍형이 광범위하게 사용되었다는 사실은 미국 남북전쟁 당시 의사들이 흑인들을 조사하여 연방군에 보고한 자료에 잘 나타나 있다.[21] 노예들을 잔혹하게 다룬 장면이 여러 책에 잘 묘사되어 있다. 거기에 묘사되어 있는 잔혹한 장면들이 가장 전형적인 예라고 생각하지는 않지만, 그것들은

---

18) G. R. Scott, *The History of Corporal Punishment* (London: T. Werner Lawrie, 1938), pp.67-69.
19) Buckland, *Textbook of Roman Law*, p.95.
20) Scott, *History of Corporal Punishment*, p.69.
21) *Ibid*., p.72.

채찍형이 상당히 많이 행해졌다고 하는 사실을 입증해 주고 있다. 다음에 기술하는 것이 대표적인 예가 될 것이다. 즉,

> 솔로몬 브래드리(Solomon Bradley)는 포트 로얄(Port Royal)근처에 있는 남캐롤라이나(South Carolina) 연안농장의 주인인 페라비(Mr. Ferraby)가 가한 형벌이 자신이 본 것 가운데 가장 잔인한 형벌이었다고 기술하고 있다. 어느 날 페라비의 정원에서 소름끼치는 비명을 듣고 그곳에 가보니 어느 노예소녀가 손발이 말뚝에 단단히 묶인 채 머리를 땅에 파묻고 엎드려 있는 것을 보았다. 그녀의 주인은 그녀 위에 올라서서 마구(馬具)에서 꺼낸 가죽채찍으로 그녀를 마구 때리면서 이따금 그녀가 비명을 지를 때마다 그녀를 구둣발로 차곤 하였다. 때리기에 지친 그 주인은 밀랍과 램프를 가져오게 하고선 밀랍 녹은 것을 그녀의 상처에 떨어뜨렸다. 그 다음 잠시 휴식을 취한 후 다른 손으로 채찍을 들어 그녀를 때리기 시작했다. 페라비의 두 딸들은 이층 창가에서 이 끔찍한 광경을 구경하고 있었다. 그 여자노예가 지은 죄란 바로 주인의 아침식사 빵을 태웠다는 것이었다.[22)]

그러나 적어도 서구사회에서는 공개적인 노예제가 실제로 사라졌다는 사실에 우리는 조금은 안도의 한숨을 내쉬어도 될 것 같다. 그러나 혹자는 노예신분이 사라졌을지는 몰라도 노예에게 가해졌던 형벌은 아직도 남아 있다고 주장한다. 셀린(Thorsten Sellin) 교수는 이러한 가설을 그의 저서인 ≪노예제와 형벌제도 *Slavery and the Penal System*≫에서 주장했다. 이 책에 의하면, 前章에서 기술되었던 잔혹하고 끔찍한 형벌들이 처음에는 노예에게, 그리고 나중에는 자유민에게 가해졌다고 한다. 중세 유럽의 부루군드와 프랑크제국은 하층계급에 대하여 차별적으로 법을 적용했다. 이에 따라 자유민은 돈을 주고 형벌을 면제받을 수 있었던 반면, 노예(또는 농노)는 그럴 수 없었다. 로마시대에도 사형을 선고받은 자유민은 망명을 할 수 있었으나 노예는 그럴 수 없었다.

그런데 왜 이러한 것이 특별히 문제가 되는가 하고 의아해 하는 사람도 있을 것이다. 굳이 설명을 하자면, 노예는 차별적으로 법이 적용되게 되어 있었으므로 그들에게 처벌이 가해질 때 부당하게 대우받았

22) *Ibid.*, p.76.

다는 것도 그리 놀라운 일은 아니다. 노예들은 자유민들보다 더 많은 유형의 처벌을 받게 되었으리라고 생각해 볼 수 있다. 여기서 중요한 사실은 노예에 대한 처벌은 아무런 제한이 없었다는 점이다. 노예제는 완전한 복종을 요구하고 있다. 그들에 대한 처벌은 그야말로 원시적인 폭력행위 외에 다름이 아니었다 - 이것은 프로이트가 원시부족에 대해 설명해 놓은 것의 복사판이나 다름없다. 많은 노예들에게 무제한한 폭력을 행사하여 처벌하였던 것은 그들이 힘을 규합하여 '지도자'에게 봉기하는 것을 완전히 차단하기 위한 것이었다 - 물론 예외적인 상황도 벌어졌다. 우리는 노예제에서 가장 원시적인 형태의 처벌이 정치적인 기반을 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 다음 章에서는 어떻게 이러한 처벌이 중세 이태리의 규문주의 종교재판에서 좀더 '문명화된' 폭력행사가 되었는지에 대하여 살펴보기로 한다.

노예의 신분과 생활조건은 매우 낮아 그것 자체가 형벌이었다고 할 수 있다. 따라서 초기의 노예형은 범죄에 대한 형벌로 사용되기도 했다(예컨대, 로마나 스페인, 프랑스의 갤리船에 부역한 죄수들, 또는 도로보수나 채석장에 동원된 죄수들, 또는 프랑스와 영국의 산업혁명 당시 산업노동에 동원된 죄수에게 가해진 폭력이나 강제노역을 예로 들 수 있다).[23]

노예와 관련된 처벌은 형벌제도에 남아있을 뿐만 아니라, 가족이나 학교 등의 다른 사회제도 내에도 남아 있었다. 로마시대에도 그랬고, 남북전쟁 이후의 미국 남부지역에도 그랬다.[24] 채찍형은 가정이나 학교에서도 가장 흔하게 사용된 처벌형태이다. 형벌의 가장 흥미로운 부분은 바로 아이들에게 채찍을 사용했던 것이다. 왜냐하면 여기에는 아직 법적인 신체형이 남아있기 때문이다. 실제로 아이들에게 채찍을 사용했던 것은 상당히 광범위하게 퍼져 있었으며, 미국 연방대법원도 1977년 4월 19일 판결에서 학생에 대한 교사의 체벌권을 인정하였다.[25]

---

23) *Ibid.*, p.77.

24) Sellin, *Slavery and Penal System* 참조. 미국 남부지방과 로마의 차이점은 미국의 경우 노예의 주인들이 노예에게 글을 읽고 쓰는 것을 허용하지 않았다는 점이다.

25) Ingrahan v. Wright, 51 Led. 711 (1977).

아이들에게 체벌을 가하여 복종시키려고 했던 것을 더 자세히 이해하기 위해서는 먼저 역사를 통해 본 아동들의 사회적·정치적 상황을 이해해야 한다. 그러한 요소들은 노예제에 관해서는 잘 알려져 있다. 그렇지만 아동에 대한 사회적·정치적 상황들은 잘 알려져 있지 않을 뿐더러 해석하기도 어렵다.

가정규율과 학생체벌

앞에서 전체주의적인 로마시대 가족의 구조에 대하여 좀 장황하게 설명한 감은 있지만 사실 이것은 로마에만 국한된 것은 아니었다. 즉 이러한 가족구조는 모든 기독교인들에게도 적용되었다. 또한 아득한 옛날부터 모슬렘 사회에도 존재하고 있었다. 초기 유대교에서는 부모가 자식의 생사에 대하여 막대한 권한을 가지고 있었다. 필로(Philo)는 다음과 같이 전하고 있다. 즉,

> 부모가 자식을 징계하고 징벌할 수 있는 것은 당연하다. 나아가 자식이 그 부모의 말을 듣지 않는 경우에는 자식을 때리거나 신체를 구금할 수도 있다. 그러나 이러한 수단으로 해결되지 않을 경우에는 … 법은 부모가 자식을 죽일 수 있도록 허용하고 있다.[26]

로마가 점령하고 있던 당시 알렉산드리아에서는 부모가 말을 듣지 않는 방종한 자식을 마을 관문에 끌고 나가 장로들이 돌로 쳐서 죽게 만들기까지 하였다.

이미 앞서 고대 그리스와 로마에서 유아살해가 상당히 많이 행해지고 있다는 것을 언급했는데, 이것은 14세기까지 그러했다고 한다.[27] 1890년까지 런던에서는 길가나 쓰레기더미에서 죽은 영아들을 얼마든지 찾아볼 수 있었다. 또한 아이를 유기 또는 매매하거나 심지어는 은밀하게 유모에게 시켜 고의나 과실로 아이들을 죽게 만들기까지 했

---

26) Goodenough, *The Jurisprudence of the Jewish Courts in Egypt*, p.68.
27) Demause, "*The Evolution of Childhood*", p.527.

다.[28] 물론 19세기에도 아이들을 광산에 보내 강제로 노동을 시키거나 다른 강제노동을 시켰다는 것은 이미 잘 알려진 사실이므로 이에 대해서까지 자세히 언급할 필요는 없을 것이다.

위에서 제시한 사실들로 미루어 보아 교사에 의해서 학교에서도 학생들에게 벌을 가했다는 것을 짐작할 수 있을 것이다. 교사가 '부모를 대신하여' (in loco parentis) 행동한 것은 당시의 관습법처럼 여겨졌었기 때문이다. 형벌에 관한 한, 가정에서 발생한 것은 사회적으로나 법적으로 매우 중요하다.

에이리스는 "중세사회에는 아동에 대한 개념이 존재하지 않았다"고 주장하고 있다.[29] 아이들이 "고려의 대상이 되지 않았다"고 하는 많은 경우들을 그는 예시해 놓고 있다. 그는 주장하기를, 17세기까지만에도 직업, 놀이, 의복 등의 분야에서 아동과 성인의 구별이 없었다고 한다. 그는 이러한 증거로서 당시에 그려진 그림들을 제시하고 있다(성인을 대상으로 한 그림 외에 아동을 대상으로 한 작품을 찾아볼 수 없다). 또 루이 12세의 주치의였던 에로아르(Heroard)가 루이의 어릴적 모습을 기록한 일기에서도 그러한 증거를 찾아볼 수 있다. 혹자는 그가 든 예를 수긍할지도 모르지만 에이리스는 자신이 든 예를 다소 과장시켰다. 루이는 어렸을 때 밥을 먹지 않는 등의 가정규율을 어겨 회초리를 맞았었다. 심지어 그는 8세가 되던 해 왕위등극식을 하던 날에도 채찍을 맞았다. 뿐만 아니라 그는 성인들의 성추행의 대상이 되기도 했다.[30] 아이들은 쾌락의 대상으로 때론 재산으로 취급당했다. 몰리에르(Moliére)도 아이들은 유기되거나 매매되거나 또는 죽게 내버려 두었기 때문에 "중요한 고려의 대상이 아니었다"[31]고 말했다. 영아의 사망율이 매우 높았다는 사실에 비추어 보아, 부모는 자식이 다 클 때까지는 정식 가족이 아닌 잠정적인 가족으로 여겼다고 생각할 수 있다. 게다가 자식은 쉽게 만들 수도 있었다. 존 마샬(John Marshall)은 스티븐 왕(King Stephen. 1135~1154까지 영국왕 - 역자 註)에게 자식을

28) *Ibid.*, p.535.
29) Aries, *Centuries of Childhood*, p.128.
30) Demause, "*The Evolution of Childhood*", p.542f.
31) Aries, *Centuries of Childhood*, p.128.

넘겨주면서 다음과 같이 말했다고 한다. "만약 내 아들 윌리암이 교수형을 당하게 된다고 하여도 그는 크게 신경쓰지 않을 것이다. 왜냐하면 훨씬 더 나은 자식을 생산할 수 있는 능력이 있기 때문이다."[32]

비록 17세기 이전에 아동들이 광범위한 사회활동에 참여하기는 하였으나 이러한 사실이 아동과 성인을 구분하지 않았다는 것을 의미하지는 않는다. 아동은 처벌의 대상이었다. 물론 부모들도 종교적인 이유로 또는 법적인 이유로 처벌의 대상이 되었지만 그들은 그것을 회피할 수 있었다. 그러나 자식들은 그렇지 못하였다. 자식은 언제든지 처벌의 대상이 되었던 것이다. 아동들은 로마시대에서처럼 노예에 의하여 채찍질을 당하지는 않았지만, 이 시대에는 다른 종교적 또는 법적 형벌제도의 '노예'라고 할 수 있는 부모들에 의하여 채찍질을 당했다. 이것은 단지 추측이 아니다. 가장 참혹하고 역겨운 것은 17세기에 행해졌던 아동에 대한 처벌로서 이때에는 아이들을 교수대나 처벌을 받은 사체를 구경하게 하고 바로 그곳에서 아이들에게 채찍을 가한 것이었다.[33]

중세시대가 성이 문란하고 아동에 대한 性的 학대가 횡행했었다면, 16세기는 순결과 정숙의 시대를 예고했다고 할 수 있다. 특히 이러한 시대풍조는 아동들에 대한 태도에서 나타났다. 이러한 태도가 나타난 부분적인 이유는 15세기 말엽 사람들이 아동을 일종의 유희의 대상으로 생각한 것에 대한 반동에 있었다. 몽테뉴(Montaigne)는 16세기의 전환기에 이렇게 말했다. "나는 새로 태어난 아이를 안아주고 싶은 충동을 어쩔 수 없다."[34]

17세기에는 아동이 더 이상 쾌락의 대상으로 취급받지 않게 되었다. 카톨릭과 개신교의 종교원칙은 아이들에 대한 상반된 이미지를 구축하는 데 중요한 역할을 했다. 즉 아이는 순결무구한 존재인 반면 죄의

---

33) 더 많은 예에 관하여는 Demause, "The Evolution of Childhood", p.561; C. Dunn, *The Natural History of the Child* (New York: John Lane, 1920) 참조.

34) Aries, *Centuries of Childhood*, p.130. 이 시기에는 아이를 강보에 꽁꽁 싸두어 몸을 움직이지 못하게 하는 것이 보통이었는데, 이에 대하여는 에이리스와 디모스(Demause)의 견해가 다르다. 에이리스는 이러한 관습을 대체로 좋은 것이라고 보는 반면, 디모스는 바로 이러한 관습이야말로 부모가 유아를 죽이려고 하는 바램이었다고 해석한다(Demause, "*The Evolution of Childhood*", pp.539-540).

씨앗이라는 것이다. 18세기 동유럽 어느 마을에서 아이들을 맡아서 키우던 한 보모가 그 아이들을 죽인 사건에 대하여 다음과 같이 기술되어 있다. 이에는 분명히 종교적인 측면이 가미되어 있다.

> 그녀로서는 어쩔 도리없이 아이들을 좋아했다.… 그러나 가난한 아이들의 부모나 일가친척은 그들의 자식들에 대한 양육비를 지불하지 못하였다.… 그녀는 아이들을 버릴 수밖에 없었다.… 어느 날 그녀는 시내에 나가 긴 끈을 사가지고 집에 돌아왔다.… 나는 이상한 낌새를 눈치챘다.… 요람에 있는 아이가 죽게 될 지경이었다.… 아이가 울 때 나는 그녀가 일어나서 어둠 속에서 "가엾은 아가야"라고 중얼거리는 소리를 들었다. 나는 이따금 그녀가 가슴에 아이를 안고 젖을 먹일 때 그 아이는 그녀 손에 죽을 운명이라고 생각하곤 했다.… 나는 그녀가 "아가야, 가엾은 아가야"라고 일부러 큰 목소리로 부르는 것을 들었다.… 그리고 나서 "너의 죄는 아니지만 죄악의 씨앗으로 태어나 … 너는 곧 이제, 자, 잠시만 기다리거라.… 너는 지옥에는 가지 않을 거야 …"라고 그녀는 말했다. 다음날 아침 그 아이는 죽어 있었다.…[35]

순진한 아이들은 그저 살아 있다는 이유만으로 죄악시되었다. 그들은 죄악이 깃든 성행위의 산물이었다. 따라서 항상 아이들을 감시하고 훈육해야 한다. 심지어 루터(Martin Luther)도 "나는 말 안 듣는 자식을 갖기보다는 차라리 죽은 자식을 갖는 편이 낫다"[36]라고까지 말하였다.

자식을 철저하게 감시·감독해야 한다고 하는 원칙은 특히 제수이트 교단(the Jesuit schools)에 의하여 도입되어 점차 다른 교단에 퍼지게 되었다. 또한 이 때까지 "제수이트 교단 내의 범법자들은 대중들 앞에서 옷이 벗겨져 피가 날 때까지 매를 맞았다."[37] 특히 주목해야 할 점은 이러한 처벌이 '교정관'이라고 불린 특별조교(때로는 나이많은 학생)에 의하여 행해졌다는 점이다. 사제는 자기 손으로 처벌을 집행할 수 없었다. 이러한 처벌유형은 이제 친숙한 것이 되어버렸다. 교단의 학생들은 "세속적인 손에 내맡겨져 있었다" - 신성한 종교재판의 용어

---

35) L. Adamic, *Cradle of Life: The Story of One Man's Beginnings* (New York: Harper & Row, 1936), pp.45-48.
36) Demause, "*The Evolution of Childhood*", p.533.
37) Aries, *Centuries of Childhood*, p.260.

가 사용되면서 말이다.[38] 그러나 17세기 후반에는 청소년들의 옷을 벗기고 채찍형을 가하는 것이 사라졌다. 정숙함을 지키는 시대였기 때문이다. 그저 엉덩이를 내리고 회초리를 때리는 것만이 허용되었을 뿐이다. 이것은 이 시대에 교사들이 이른바 사춘기라는 것을 존중하여 적용했다는 징표이다.

16세기가 되어서야 비로소 학교의 학급은 연령에 따라 구분되기 시작하였다. 이 이전에는 연령이나 능력이 함께 뒤섞여 있었다. 중세시대의 학교에서는 '읽기와 쓰기'를 가르치지 않았다. 이러한 능력은 집이나 도제에서 배우는 기술이었다. 중세시대의 학교는 라틴어를 가르치는 것으로부터 시작되었다. 학교는 그저 교회의 성도를 모집하는 것에 만족했다. 그러나 학교에서 학급이 구분됨에 따라 학교 교장들은 학생들의 유년기를 과장하는 경향이 있음을 발견할 수 있다. 이것은 18세기와 19세기에 최고조에 달하였고 많은 학교에서는 오늘날에도 계속되고 있는 실정이다.

회초리(채찍)는 '규율'을 집행하는 중요한 수단이었다. 학교는 규율에 의하여 조직되었고, 이는 대학도 마찬가지였다.

제수이트 교단은 잘 조직된 규율제도를 발전시켜 학생의 일상생활까지도 감시할 수 있었다. 그 교단은 1598년 학교에서의 처벌제도를 만들었고, 이는 파리대학의 학칙이 되기도 하였다.[39] 나이든 학생들이 선발되어 회초리나 지팡이로 체벌을 가하였다. 17세기에는 신고체계가 도입되어 항시경계에까지 확대되었다. 만약 정보를 제공해야 할 자가 범죄를 신고하지 않으면 그들이 범죄를 저지른 것처럼 하여 처벌되었다. 정탐체제도 도입되어 거리에서나 학교에까지 확대되었다. 감시제도 역시 도입되어 선발된 감시자가 채찍형을 집행했다.

우리는 채찍형이 16·17세기까지는 단지 학교에서의 처벌(즉 학습부진에 대한 처벌)이 아니라는 점에 유의해야 한다. 그 당시까지 채찍형은 폭력행위에만 집행되었다.[40] 그러나 17세기에는 그것이 교육의

38) 이에 관하여는 제9장 참조.
39) Aries, *Centuries of Childhood*, p.190.
40) 학교폭력과 학교규율의 관계를 역사적으로 조명한 문헌으로는 J. Newman and G. R. Newman, "Crime and Punishment in the Schooling Process: An

보조수단이었다. 토마스 플래터(Thomas Platter)는 "나의 선생은 나를 혹독하게 구타하곤 했다. 때로는 내 귀를 잡아 당겨 땅에 내던져버리기도 했다."[41]고 불평을 늘어놓고 있다. 만약 학생들이 소리를 지르면 오히려 더 많이 맞을 뿐이었다. 후일 나폴레옹이 등장하게 되자 학교는 군대식으로 변화되어 군대의 규율, 제복, 강인함, 훈련 등이 도입되었으며, 장교와 하사 등의 계급이 프랑스와 영국의 학교에서 사용되었다. 당시 영국과 프랑스는 군사제도가 철저하게 시행되었던 곳이다. 프랑스에서는 1882년에 학생에 대한 신체형이 폐지되었지만, 영국에서는 이 당시에 신체형이 가장 극에 달했던 시기로 더 확대되었다.

그러나 이와 같은 사정은 이것만이 아니었다. 학생의 눈으로 본 학교의 역사는 폭력과 혼란, 반항과 빈곤의 연속일 뿐이었다. 교사들은 우위를 점하고 있으면서 그에 대한 보상을 얻었다. 합당한 이유가 있는 경우(오늘날에도 그렇지만) 선생들은 질서를 지키고 자신들을 보호하기 위하여 신체형을 고집했던 것이다.

17세기 프랑스의 대부분의 학생들은 무기로 무장하고 있었으며, 학생들이 등교할 때 무기를 검사하는 일은 아주 흔한 일이었다.[42] 학생들이 무기를 가지고 폭동을 일으키는 일도 빈번하여 선생들은 그야말로 목숨을 위협받고 있었다. 학생들은 이른바 한계영역에 있는 집단이었던 것이다. 학생들은 구걸을 하거나 도둑질을 하여 연명하기도 하였다. 사람들은 학생들의 공격을 받을까봐 학교 주변을 걷기를 두려워했다. 결투도 빈번히 행해졌는데, 이것은 나중에 제도화되어 영국에서는 원한을 가진 상대방이 권투나 레슬링으로 결투했다.

19세기에도 영국에서는 폭동이 잦았고, 이는 명문학교인 이튼(Eton)에서도 흔히 있는 일이었다. 마치 채찍형이 존속했던 것처럼 말이다. 이튼 학교에서 마지막으로 채찍형이 행사된 것은 1832년으로 80명의 학생들이 채찍형을 받았다.[43] 1818년 칼로 무장한 두 개의 부

Historical Analysis", in *Theoretical Perspectives on School Crime*, ed. E. Wenk (Hackensack, N. J.: National Council on Crime and Delinquency, in press, 1977) 참조.

41) *Ibid.*, p.190.

42) *Ibid.*, pp.315-316.

43) *Ibid.*, p.318.

대가 학생폭동을 진압하기 위하여 윈체스터 대학(Winchester College)에 진입했다.[44] 그와 유사한 폭동이 유명한 사립학교인 럭비(Rugby)에서도 발생했다.

그러나 17세기나 18세기 초에 발생하였던 결투와 같은 사회환경의 일부로서 발생한 폭력과 (아동에 대한) 정치적 성격을 가진 것으로부터 발단된 폭력을 구분해야 한다.

영국에서 이러한 움직임은 1669년에 발생했는데, 아동들의 청원에 따라 "한 소년이 의회의 의장과 다른 의원들에게 체벌의 사용을 통제하는 법안을 상정"한 것이다.[45] 영국에서 체벌을 폐지하려고 하는 움직임이 보였다는 것은 이러한 형벌이 다시 살아나고 있었다는 것을 입증해 주고 있는 증거이다. 영국의 학교에서 사용되던 체벌과 그 효과에 관한 일련의 보고서가 1952년, 1961년에 작성되었으며, 가장 영향력 있던 보고서는 1968년의 플라우든 보고서(Plowden Report of 1968)이다. 물론 그 밖에도 지방에서 작성된 보고서들도 많다.[46] 어찌되었든 모든 보고서에서는 체벌을 폐지할 것을 권고하였다. 물론 교사들은 이에 대하여 격렬하게 반대하였다.

그러나 최소한의 제한은 있었다. 대부분의 학군위원회는 매를 맞은 부위와 가해지는 체벌의 횟수 등에 관한 규칙을 정해 두었다. 모든 학교는 처벌에 관한 규정집을 가지고 있었으며, 이에는 가해진 모든 처벌이 기록되었다.

1968년 학생에 대한 체벌의 폐지압력이 고조되었다. 교사단체가 주장한 것은 체벌이 적어도 학생들에게 궁극적인 위협요소로서 필요하다는 것이었다. 이는 사형존치론을 옹호하는 주장과 같다. 직접적인 대결을 원치 않았던 의회의 의원들은 학교에서 체벌은 자연히 사라져 버릴 것이므로 이에 대하여 반응을 보일 필요가 없고, 또 체벌이 학교에서 거의 사용되지 않는다고 주장하였다.

---

44) R. C. Archer, *Secondary Education in the Nineteenth Century* (London: Cambridge University Press, 1921).
45) C. B. Freeman, "The Children's Petition", *British Journal of Educational Studies 14* (May 1966): 216-223.
46) P. Newell, *Last Report?* (London: Penguin, 1972).

물론 그것은 사실이 아니었다. 체벌문서에 기록된 체벌을 조사해 본 결과, 그것은 사실이 아니라고 밝혀졌다.[47] 1967-68년의 한 보고서에 의하면, 몇 개의 중등학교를 선택하여 조사해 본 결과 학생들의 25%가 회초리로 매를 맞은 경험이 있다고 한다. 이것은 플라우든 보고서에서 주장된 바와 같이 회초리가 '최후수단'으로 사용되지 않은 것을 입증해 주고 있다.[48] 한 학교를 선정해 조사해 보니 16명의 선생들 가운데 14명이 회초리를 가지고 있었으며, 그 중 네 명은 상습적으로 매질을 한 것으로 밝혀졌다. 체벌문서에 등장하는 매질에 관한 이야기를 들으면 자못 그 범죄의 평범함에 그저 불쌍할 뿐이다. 그 예로는 무례하게 방에 들어왔다는 것, 축구장을 떠났다는 것, 명령불복종, 유리창에 올라간 것, 주의를 줬음에도 불구하고 말을 한 것, 허락없이 결석한 것, 자리를 비운 것, 허락없이 집에 돌아간 것, 모욕적인 행위를 하며 욕을 한 것 등등 그 예는 수도 없다. 이러한 행위들에 대한 통상의 처벌은 '두 손을 들고 서 있는 것'이었다. 어떤 부모가 "어떻게 이런 짓을 어린애들한테 할 수 있습니까?"하고 묻기도 했다.[49] 이에 대한 대답으로는 그저 "한창 체벌이 유행하던 시대가 아닙니까!"라고 답변할 수밖에 없을 것이다.

다른 조사에 의하면, 반 이상의 학교에서 여학생에까지도 체벌을 가했다고 한다. 의원들의 주장은 여지없이 깨져버린 것이다. 당시 영국의 한 중등학교에서 회초리가 사용된 '범죄'는 수업을 빼먹거나 허락없이 집에 간 것, 떠들며 말을 하여 수업을 중단시키거나 방해한 행위, 학대행위, 반항행위, 물건을 던지는 행위, 명령불복종, 재물손괴, 싸움, 지각, 무단경계침입, 흡연, 그리고 양해없이 샤워를 하는 행위 등등이다.[50] 다른 조사에서도 영국에서 '학교체벌'이 광범위하게 사용되었음을 보여주고 있다.

여기에 극히 일부 범죄에 대한 사형을 제외하고는 死刑을 폐지하였

47) *Ibid.*
48) *Ibid.*, p.79.
49) *Ibid.*, p.122.
50) *Ibid.*, p.83. 미국의 뉴욕州에서 발생한 체벌에 대한 소송사례는 A. Faulker, "The History of Legal Action in Corporal Punishment Cases in New York State, 1812..." (Ed.D. diss., New York University, 1967) 참조.

으면서도 아동에 대한 체벌을 체벌하지 않은 나라, 영국이 있다. 런던 교육청(the London Education Authority)은 많은 교사들의 반대에도 불구하고 1973년 체벌을 폐지하였다. 그러나 그럼에도 불구하고 체벌은 영국의 많은 학교에서 계속되었으며, 이를 집행하는 자도 여전히 많다. 다른 유럽 국가에서는 체벌이 오래전에 사라졌다. 폴란드에서는 1783년에, 네덜란드에서는 1958년에, 스웨덴과 덴마크에서는 1968년에, 그리고 지금은 러시아와 독일에서 체벌이 사라졌다.

대부분의 영어사용권 국가에서는 학생에 대한 체벌이 남아 있다. 미국에서 체벌이 폐지된 것은 뉴욕市, 시카고市, 그리고 워싱턴 D.C.의 학군뿐이며, 다른 많은 州에는 명문으로 체벌이 남아 있다. 명문으로 폐지를 규정하고 있는 곳은 뉴저지州(1968), 하와이州(1973), 매사추세츠州(1974)뿐이다. 최근의 판례인 브램릿 對 윌슨 사건(Bramlet v. Wilson, 49 F.2d 714, 8th Cir. 1974) 또는 잉그래햄 對 라이트 사건(Ingraham v. Wright, 493 F.2d 248, 8th Cir. 1974)에서는 체벌(신체형)이 미국 수정헌법 제8조에서 보장하고 있는 '잔인하고 이상한 형벌'(cruel and unusual punishment)에 반하는 것이 아니라고 판시하면서, 이 원칙이 체벌의 사용을 제한하는 수단이라는 것을 확인했다.[51] 또한 미국 연방대법원은 잉그래햄 對 라이트 사건 판결에서 교사는 학생을 징벌할 수 있는 권한이 있다고 판시하였다.

미국에서 체벌은 식민지시대부터 광범위하게 사용되었던 같다.[52] 1973년 미국 국립학교 홍보활동협회(the National School Public Relations

51) C. H. Rovetta and L. Rovetta, *Teacher Spanks Johnney* (Stockton, Calif.: Willow House Publishers, 1968); L. Rovetta, *Corporal Punishment of Pupils* (Stockton, Calif.: Willow House Publishers, 1968).

52) 미국 학교에서의 체벌 사용에 대하여는 연구된 것이 많고, 또 그것이 광범위하게 사용되고 있다는 증거도 많다. 이 문제를 가장 잘 다룬 문헌으로는 A. Falk, *Corporal Punishment: A Social Interpretation of Its Theory and Practice in the Schools of the United States* (New York: Teacher's College, Columbia University Press, 1941) 참조. 또 회초리의 사용을 폐지하자는 데 교사들이 반대한 것에 대하여는 J. A. Mercurio, *Caning: Educational Rite and Tradition* (Syracuse, N. Y.: Syracuse University Press, 1972) 참조. 뉴욕 학교에서의 체벌사용과 그 이유에 대한 문헌으로는 Board of Education, City of New York, *Corporal Punishment in Schools*, 1908 참조. 그리고 이 시대에 체벌을 찬성한 내용을 담고 있는 문헌으로는 L. Y. Cobb, *The Evil Tendencies of Corporal Punishment* (New York: Mark H. Newman and Co., 1847) 참조.

Association)가 보고한 한 조사에 따르면, 보고된 학교 가운데 237개의 학군에서 체벌이 사용되고 있다고 하며, 164개의 학군이 체벌을 사용하고 있지 않다고 한다. 체벌을 사용하고 있는 자들은 체벌이 어디까지나 '최후의 수단'으로서만 사용되고 있을 뿐이라고 강변하다 - 이는 우리가 흔히 들어오던 말이다. 같은 해 다른 조사에서는 중등학교 교사의 55.5%, 초등학교 교사의 65.3%가 체벌의 사용을 "정당하다"고 하여 이에 찬성했다. 미국에서는 死刑을 점차 폐지하려고 한다. 그러나 학교에 다니는 학생들에 대한 체벌을 폐지하려는 곳은 한 군데도 없다.

에이리스는 자기의 책 끝부분에 19세기 말엽의 상황을 다음과 같이 기술하면서 끝맺고 있다. 즉,

> 가정, 교회, 도덕주의자, 행정가들의 걱정 근심 때문에 어린이들은 어른들 사이에서 지금까지 누려오던 자유를 박탈당하고 있다. 아이들에게는 회초리가 가해지며, 교도소의 감방이 기다리고 있다. 즉 사회에서 가장 낮은 계층에 있는 아동들에게 형벌이 적용되고 있는 것이다.[53)]

이것이 그의 책의 결론이다. 그러나 이것은 오해한 부분이 많이 있으며, 당연히 비판을 받아 마땅하다. 비판이 가해져야 하는 부분은 바로 에이리스가 자유의 개념과 형벌의 사용을 혼합해서 기술한 부분이다. "자유"(freedom)라는 애매한 용어를 사용하였기 때문에 더욱 어려워진 것이다.

에이리스는 무례한 행동거지로부터 순진한 행동으로 옮겨가는 것을 일종의 자유의 상실로 보았다. 왜냐하면 아이들은 아이들의 천진무구성을 지녀야만 비로소 아이들일 수 있고, 그것이야말로 성인과 구별되는 것이라고 보았기 때문이다. 이것이 암시하는 바는, 아이들이 '자유롭기' 위해서는 어린이가 어린이로 취급되는 것이 아니라 성인으로 취급되어야 한다는 것이다. 마치 중세시대에서 그랬던 것처럼 말이다. 에이리스가 암시한 것은 - 주장한 것은 아니지만 - "이렇게 전이하는 데에는 '무엇인가가 상실'된다"는 것이다. 만약 그렇다면 나는 주의해

53) Aries, *Centuries of Childhood*, p.413.

야 할 만한 가치가 있는 것을 아무 것도 발견할 수가 없다. 성인으로서의 아동은 거친 세상에서 분명히 어떤 이점을 얻었을 것이고 다양한 방법으로 학대받았을 것이다. 그러한 시대에서 바람직한 발전단계로 옮겨 갔다. 오늘날 우리는 아이들을 매매하지도 않을 뿐더러 창고나 개골창에 처박아두지도 않으며 피가 날 때까지 구타하지도 않는다. 그들은 더 이상 범죄자로 취급되지 않는다. 체벌이 사라지지는 않았지만 상당히 제한되고 규제되어 있다. 학칙에 명문규정으로 공식화되어 있지는 않지만 보통법상의 판례에 의하여 교사가(그리고 어느 정도는 부모도) 사용할 수 있는 징벌권에는 명백한 한계가 그어져 있다.

독자들은 아이들이 문명이 시작되고 난 후 상당히 오랜 기간 동안 범죄자나 노예에 가까운 낮은 지위를 가지고 있었다는 것을 기억할 것이다. 따라서 어떤 때에는 범죄자들도 받지 않는 신체형을 아이들이 받았다는 것도 그리 놀라운 일이 아니다. 이 세상의 모든 문명에서 보여지는 바와 같이 아이들이 최하의 지위만을 가졌다는 것을 생각해 보면 아동이 수세기에 걸쳐 고난의 길을 걸어 왔다는 것을 알 수 있다.

오늘날 아동이 처해 있는 상황은 매우 복잡하다. 우리는 아동기를 성숙한 시기에까지 확대시켰다. 아동은 이제 거의 구타당하지 않는다. 그러나 아동의 지위는 아직도 낮다. 따라서 아동이 자기의 위치를 아는 것은 매우 어려울 것임에 틀림없다. 이전에 아동이 받았던 잔혹한 처벌은 그가 사회의 맨 밑바닥에 있었다는 사실을 전해 주고 있을 따름이다. 조지 오웰(George Orwell)은 그러한 생각을 다른 어떤 이들보다 잘 설명해 주었다. 즉,

> 나는 의자에 쓰러져 소리없이 울먹였다. 나는 매를 맞고 눈물을 흘린 그때가 나의 소년기에 첫번째였음을 기억하고 있다. 그러나 나는 이상스럽게도 아팠기 때문에 울었던 것이 아니다. 두번째 맞았을 때는 아프지도 않았다. 두려움과 창피함이 나를 마비시켰던 것이다. 내가 울었던 것은 그것이 이미 나에게 기대되었던 것이라는 것을 알고 있었기 때문이고, 실제로 나의 잘못을 뉘우치고 있었기 때문이다. 그러나 더 큰 이유는 아동기에만 특유하게 나타나는 깊은 절망감 때문이었으며, 전달하기 어려운 절망적인 고독감과 무력감 때문이었다. 그것은 내가 지킬 수 없는 규칙이 존재하는 적대적인 세계, 그리고 선악이

공존하는 세계에 갇혀 있다는 고독감과 무력감이었다.[54)]

오웰은 에이리스와 같은 오류를 범하지 않았다. 그는 아이들에 대한 체벌을 아이들이 스스로 발견할 수 있는 불행한 낮은 지위 때문이 아니라고 보았다. 그것은 사회생활과 사회질서의 특유한 부분이고, 또 체벌은 사회질서의 원인이 아니라 그것의 표현이다. 과거의 아동에 대한 체벌은 이러한 사실을 아동들에게 분명하게 전했던 것이다.

군인의 처벌

혹자는 규율할 수 있는 권한이 본래의 명령권에 내재하지 않은 군대가 있을 수 있을까 하고 의아하게 생각할지도 모르겠다. 그 두 개의 권리는 분리할 수 없는 것이다. 그것은 규정에 규정된 권리가 아니라 (법령에 의하여 제한은 받지만) 오히려 군생활이나 군조직의 기본적인 구조에 내재하고 있는 것이다.[55)]

군대의 형벌을 연구해 보면 여러가지 이유로 흥미로운 점들이 많은 것을 알 수 있다. 첫째, 군대의 처벌은 아마도 시민을 국가가 통제하는 첫번째 유형일 것이다. 둘째, 그것은 형벌제도가 어떻게 긴밀한 조직구조 내에서 작용하는지를 보여준다. 셋째, 그것은 사회의 다른 형벌제도의 모습을 암시해 준다. 결국 군대는 모든 국가의 근간인 것이다.

초기 로마시대로 거슬러 올라가 보면 시민정부가 군대의 명령권과 서서히 분리되어 온 것을 알 수 있다. 이러한 관찰은 적어도 로마시민에 관한 한 매우 중요한 것을 암시해 준다. 특히 로마의 형법에서 규정하고 있는 형벌에 비추어 볼 때 그렇다. 물론 국가의 형법이 시민의 생활을 크게 간섭하지는 않았지만 규율절차만은 그러했다는 것을 지적할 수 있다. 치안관들은 복종을 강요하는 법령을 포고할 수 있는 권한을 가지고 있었다. 그들이 그러한 권한을 발휘하지 않으면 법이 그러

54) George Orwell, *Such, Such Were the Joys* (New York: Harcourt, Brace and Jovanovich, 1947), p.16.
55) C. E. Brand, *Roman Military Law* (Austin: University of Texas, 1968), p.xv.

한 작용을 했다. 지도자에 대한 절대적인 복종은 군대의 장군이나 지도자가 市의 지도자를 겸하고 있을 당시부터 유래된 것이다. 이것은 식민정복지가 왜 더 전제적이었는지에 대한 이유가 된다. 왜냐하면 총독은 서열이 높은 군인이었기 때문이다. 그러나 적어도 로마시민은 치안관에 대하여 호소할 수가 있었다.

그러나 군대에서는 그렇지 않았다.[56] 로마군인에 대한 규율은 어떤 理想의 차원으로까지 격상되어 거의 숭배되다시피 했다. 리비[57]는 만리우스 토쿠아투스(Manlius Torquatus)와 그의 아들인 티투스 만리우스(Titus Manlius)에 관한 일화를 소개해 주고 있다. 티투스 만리우스는 자기 아버지 군대의 기병대대를 통솔하던 중 적 기병대와 마주치게 되었다. 적으로부터 유인을 받고 그는 적장과 단독으로 싸움을 하던 중 그를 죽이게 되었다. 그러나 토쿠아투스는 자기 아들의 공적을 전해 듣고선 오히려 "명예를 실추시켰다"고 하여 그를 배척하였다. 이 전투에 개입하지 말라고 하는 명령에 복종하지 않은 자식을 본보기로 삼아 토쿠아투스는 자기 아들을 사랑했음에도 불구하고 규율을 철저히 지키기 위하여 아들인 만리우스를 형틀에 묶게 하고 참수형을 명하였다.

참수형은 무기없이 잡힌 군인이나 군대의 깃발을 빼앗긴 기수 또는 근무지를 이탈한 군인에게 내려진 약식형벌이었다.

지금이나 그때나 가장 흔한 군대의 범죄는 탈영과 전투에서의 부정행위이다. 다른 범죄유형은 선서를 지키지 않은 것들이었다. 군인은 종교상의 선서를 해야 했고 여러 의식들을 엄격하게 준수해야 했다. 군인은 또한 절도행위를 하지 않을 것을 맹서해야 했다. 전쟁에서 얻은 전리품을 거두는 것은 전쟁의 주요한 부분이었으며, 이것을 분배하는 일이 매우 어려운 일이었다. 많은 군인들이 함께 모여 살다보니 절도행위를 통제하는 것이 매우 어려운 문제로 등장하게 되었다.[58] 대개

---

56) 이 점에 대하여는 혼선이 빚어지고 있다. 군인들은 자신의 상사에게 항변할 수 있는 권한이 없었던 반면, 시민들에게 호소할 수는 있었다(*Ibid.*, P.65). 이러한 "호소권"이 점차 법률로 인정되기 시작했다. 후에 이것은 형법제도의 기본을 형성하게 되어 국민이 호응하는 형벌을 사용하게 되었다.

57) Livi 8. 7.

58) G. W. Currie, *The Military Discipline of the Romans from the Founding of the City*

다음과 같은 다섯 가지의 형벌이 군범법자들에게 적용되었다. (1) 봉급의 박탈, (2) 강등, (3) 불명예형, 예컨대, 주둔지 밖에 숙영하게 하는 것, 음식물 공급의 중단, 지휘자의 숙영지 앞에서 다른 사람의 손 위에 놓인 잔디 위에 올라서는 것, 공중 앞에서 맨발로 서 있는 것 등, (4) 신체형, 예컨대, 의무위반에 대한 채찍형, (5) 死刑 - 사형에는 두 가지 방법이 있었다. 즉 형벌집행관에 의하여 도끼로 참수당하는 것과 맞아 죽는 것이 그것이다. 폴리비우스(Polybius)는 이 사형 방법을 다음과 같이 기술하고 있다. 즉, "집정관이 곤봉을 들고 그것을 범죄자의 몸에 살짝 대면 나머지 병사들이 범죄자를 구타하거나 돌로 쳐서 죽인 다음 그 시체를 숙영지에 그대로 버려 버렸다."[59] 이 형벌은 주로 야밤에 불침번을 제대로 서지 않은 사병들에게 사용되었다. 폴리비우스는 이 형벌을 적용한 결과 로마의 야간감시는 철저하게 지켜졌다고 전한다.

노예로 만들거나 신체의 일부를 절단하거나 무거운 의무를 부과하는 등의 다른 형벌도 사용되었지만, 그다지 많이 사용되지는 않았던 것 같다. 전투에서 흔히 발생하는 다중의 불법행위의 경우에는 집단처형이 적용되기도 했다. 즉 매 열번째 있는 병사를 처형한 것이다. 그런데 한니발(Hannibal)로부터 370명이 탈영해서 잡힌 일이 있었다. 그들에게는 채찍형이 가해지고 타페이안 계곡에 버려졌다고 한다. 반역자에 대한 전형적인 형벌이었던 것이다.

로마시대 이후 1189년까지의 군형벌에 관한 정보를 수집할 수 있다. 영국의 경우 리차드 1세의 시기에 행해진 바다에서의 범죄에 대한 형벌 세 가지가 전해지고 있다. 살인범은 피해자의 사체에 묶어 바다로 던졌다. 폭행죄의 경우에는 의자에 묶어 바닷물에 세 번 담근다. 그리고 절도죄를 범한 경우에는 절도범의 얼굴에 역청을 칠해 깃털을 붙였다.[60] 17세기에도 다중의 불법행위에 대하여는 집단처형(decimation, 사람들을 줄 세운 다음 열번째 사람을 처형하는 방식 - 역자 註)

---

to the Close of the Republic (Bloomington: Graduate Council, Indiana University, 1928).

59) Brand, *Roman Military Law*, pp.100-105.

60) *Ibid.*

이 계속하여 행해졌다. 범죄자들은 제비뽑기로 선정되거나 주사위를 던져 결정되었다. 로마시대에 행해졌던 형벌이 직접 계수된 것이 틀림 없다.

1640년 노섬버랜드의 백작은 로마의 형벌인 구타형을 계수하여 군의 규율을 지키는 데에 사용하였다. 이 당시에는 신체절단형이나 고문과 같이 매우 고통스러운 형벌이 범죄자에게 가해졌다. 이와 유사한 형벌이 해군에서도 사용되었는데, 예외로 들 수 있는 것으로는 태형(笞刑)이 있다. 태형의 유형은 다양하지만 흔하게 사용되었던 것은 범죄자의 옷을 허리까지 벗기고 두 줄로 서 있는 열을 지나가면서 거기서 있던 병사들이 채찍이나 끈으로 때리는 것이었다. 북을 치는 군대 악장이 앞장서서 천천히 걷고 그 뒤를 다른 한 사람이 뒤따르고 있기 때문에 범죄자는 빨리 통과할 수가 없었다. 범죄자가 맞아서 죽는 일도 빈번히 발생했다. 이러한 형벌관행은 1710년까지 계속되었다.[61] 한편, 범죄자에게는 사용되지 않았던 형벌이 군인들에게 사용되기도 하였는데, 그러한 형벌로 대표적인 것은 죄인을 "매다는 형벌"(strappado)이 있었다. 이 형벌은 원래 종교재판에서 유래된 것으로, 범죄자의 손을 뒤로 묶고 높이 올린 다음 아래로 떨어뜨려 어깨뼈를 탈골시키는 것이었다(종교재판에서는 다리에 추를 매두었다). 그 밖에도 엄지손가락을 매다는 것, 목과 발뒤꿈치를 함께 묶는 것, 목마를 태워 다리에 추를 매단 후 이를 비트는 것, 한쪽 손목을 매달고 땅 위에 발이 닿을 듯 말 듯하게 해놓고 다리를 쇠창살 위에 세워놓는 것, 막대기나 벨트로 엉덩이를 때리는 것, 술 취한 자의 등에 뜨거운 물이나 기름을 부어 물집이 생기게 하는 것, 발바닥을 벨트로 때리는 것 등등의 처벌이 있었다. 보병에게는 해군에 입대시키는 처벌이 흔하게 내려졌다.[62]

1761년까지 이러한 모든 처벌은 정식재판없이 약식으로 집행되었다. 그후 중범죄를 위하여는 군사재판이 필요하게 되었다. 그러나 그러한 재판들도 매우 간략하게 약식으로 진행되었다. 한 군인이 범죄를

61) S. Claver, *Under the Lash: A History of Corporal Punishment in the British Army* (London: Torchstream, 1954), p.4.
62) *Ibid.*, p.6.

범하면 장교로 구성된 군사법정이 열려 신속하게 형벌이 부과되었다. 18세기말에는 항소도 가능했으며, 부당하게 형벌을 받았다고 주장하는 이들에 의해서 손해배상을 받은 사례도 많았다.[63]

이러한 개선점들이 나타났을 당시에 가장 참혹한 형벌이 그 극에 달하였다. 이른바 아홉 가닥으로 된 채찍(cat-o'-nine-tails)[64]으로 채찍을 가하는 형벌이 그것이다. 1812년 인도에서 행해진 채찍형의 수는 한 달에 17,000번이라고 추산된다. 바로 그 해 미국 의회는 군대에서 공식적으로 채찍형을 폐지하게 된다. 그 대신 혹독한 훈련과 의무로 대치하였다. 때로는 소금물을 마시게 하거나 음식물을 제한하거나 입에 재갈을 물리거나 목에 칼을 채우기도 했고, 물이 없는 방에 가두거나 어둡고 더러운 방에 가두기도 하였다.[65] 이러한 형벌이 한창일 때 채찍형의 사용은 믿을 수 없을 정도였다. 천 대 이상의 채찍질이 경미한 범죄에도 사용되었다. 이로 인하게 죽게 되는 경우도 빈번했다. 천 대를 다 때리기도 전에 범죄자가 죽어 내다버려지기도 했다. 또 등가죽이 찢겨져 병원으로 후송된 후(다른 환자들이 피고름에서 나는 냄새로

---

63) *Ibid.*

64) 이 채찍은 두꺼운 끈이나 가죽으로 된 9개의 가닥으로 된 것으로 길이는 60센티미터 정도이고 세 군데 마디에 옹이가 달려 있다.

65) 미국 군인들에게 가해졌던 형벌에 대하여는 뉴욕에 있는 티콘데로가 요새(Fort Ticonderoga)의 도서실에서 발견된 책에서 살펴볼 수 있다. 이 자료는 닉키 한(Nicky Hahn)의 도움으로 얻을 수 있었다.

〈식민지전쟁 : 1758-1759〉
일반절도 : 채찍 900대
탈영 : 채찍 1,000대
항복 : 사형
악명높은 절도범 : 사형
반란 : 사형

〈혁명전쟁〉
일반절도 : 채찍 39대
상사구타 및 명령거부 : 각 범죄당 채찍 39대
탈영의혹 : 채찍 39대
항복 : 채찍 100대 및 12개월 구금
악명높은 절도범 : 이 기간에는 보고된 바 없음
반란 : 채찍 39대
명령위반 : 추방
근무시 음주 : 채찍 20대
근무시 졸음 : 채찍 20대

불평을 하기도 했다). 5, 6주일이 지나면 나머지 채찍을 맞기 위하여 퇴원하기도 했다. 채찍형은 다음과 같이 행해졌다. 즉,

> 처음 채찍을 가하면 피가 튀면서 등가죽이 벌겋게 물들어 마치 진한 커피를 부어놓은 것 같다. 50대나 100대 정도 맞으면 피범벅이 되기 일쑤였다. 그러나 200대 이상 맞으면 더 이상 피가 나지 않는다. 150대 이상 정도 맞게 되면 범죄자는 더 이상 고통을 느끼지 못하게 된다. 살갗이 피로 물들고 신경이 죽어버리면 느낌이 마비되어 고통을 느끼지 못한다. 범죄자의 살갗에 아직도 멀쩡한 부분이 있거나 형집행자가 덜 때렸다고 생각할 때에는 더 매질을 가하여 고통을 극대화시켰다. 범죄자는 형집행관에게 매질을 살살 해 달라고 울부짖기도 했다.[66]

이를 지켜보던 의사들의 말에 따르면, "어떤 사람들은 다른 사람보다도 고통을 더 많이 느꼈다. 그리고 상처가 불거져 척추나 어깨뼈가 드러나곤 했다."고 한다.

이 시기에 범해졌던 전형적인 범죄와 그에 대한 형벌은 다음 페이지의 〈표 1〉과 같다.

그러나 이러한 형벌에 대하여는 반대도 많았다. 이러한 논란이 많은 부분을 조사하고 이를 매우 현대적인 방법으로 관찰한 왕립위원회(Royal Commission)가 1835년에 세워졌다. 이 위원회 보고서의 결론에 따르면, 채찍형을 받은 자들이 상당히 많았고, 우수한 장교들을 양산하기 위하여 채찍형은 계속 사용되었다고 한다. 그러나 "이러한 악행에 대하여 형벌을 가하여도 그것이 나아지지는 않았다"고 전한다.

이 당시 구금형이 채찍형을 대신하여야 한다는 목소리가 높았지만, 위원회는 이것이 큰 소용이 없었다고 한다. 구금형보다는 신속하고 강력한 형벌을 원했을 뿐만 아니라, 구금형으로 인하여 만취의 결과를 초래하였기 때문이다. 왜냐하면 구금에서 석방되면 그동안 받은 돈을 모두 술로 탕진했기 때문이다. 위원회는 또 감옥을 규격화시키는 일이 매우 어렵다고 보았다. 대신 유배형을 구금형의 대체형으로 선호했다.

이 당시의 상황을 일별해 보면 당시의 영국 군대는 지원병으로 구성되었던 것을 알 수 있다. 한편 프랑스 군대는 징집제도로 운영되었고

---

66) Claver, *Under the Lash*, p.52.

〈표 1〉 영국의 해군군사재판기록에서 본 범죄와 형벌의 실례

시 기	이 름	신 분	선 박	범 죄	형 벌
1778.4.27.	브라운	갑판장	론체스톤	경미범죄, 명령불복종	하선명령
1778.12.30.	벤자민 브룻	해병상사	슈루스베리	절도, 경미범죄	강등, 채찍 200대
1780.12.30.	23세, 성명미상	선원	다른 선박	탈영	채찍 50-500대
1781.1.18.	브래논	선원	애잭스	반란	채찍 500대
1781.7.25.	샘 위크헴	소위	리자드	선장 모욕	자격박탈
1782.12.24.	30명	선원	다른 선박	탈영, 음주 등	채찍 50-500대
1783.8.18.	존 미첼	선원	체이서	반란문서작성	교수형
1783.11.8.	존 번, 아더 라이스	선원	어대먼트	반란	채찍 600대
1784.4.29.	존 커밍	선원	트러스티	구타	교수형
1792.7.30.	제임스 알렌	서기	메두사	반란	재산박탈, 채찍 100대
1793.4.6.	로버트 브라운, 존 고든	조타수	폭스	좌초	자격박탈, 6월 구금
1829	랩햄	해병	매그니피선트	명령불복종	채찍 100대, 봉급박탈
1829	배티, 레다, 스콧	선원	크루저	탈영	각 채찍 100대

시기	이름	신분	선박	범죄	형벌
1830	므베아	해병	원체스타	절도, 탈영기도	채찍 100대
1830	미첼	선원	챔피온	탈영기도	채찍 50대
1831	호스레이	해병	님블	전쟁규칙 위반	채찍 100대, 3년간 자격상실
1831	토마스	선원	화이어플라이	반란	채찍 50대, 봉급몰수, 자격박탈
1835	파스코, 바넷, 호크, 힐본, 웨버	선원, 해병	칼데도니아	전쟁규칙 위반	석방 및 채찍형
1839	탐, 룻지	선원	캐스터	반란, 모욕	채찍 100대, 구금
1841	앤스필드	해병	캠브릿지	명령불복종, 협박	채찍 48대
1842	빙햄	해병	피클	근무지이탈	채찍 60대

채찍형도 폐지되었다. 프랑스에서 이것이 가능했던 것은 - 논란이 있기는 하지만 - 징집제도는 매우 높은 신분의 신참자들을 불러모을 수 있는 반면, 자원제도는 낮은 봉급과 열악한 조건으로 인하여 거친 노동자들만을 끌어모아 놓았기 때문에 엄격한 규율이 필요했다. 어찌 되었든 수많은 채찍형이 잔혹하고 가혹한 방법으로 집행되어 수많은 무고한 자가 경미한 범죄행위로 부당하게 채찍을 맞았지만, 그럼에도 불구하고 "신체형을 선고받은 범죄자들은 오늘날의 깡패들이나 강간범, 총잡이들과 유사한 유형의 인간들이었다.…"[67)]

채찍형을 폐지하여야 한다는 압력은 계속되었다. 1825년 59대의 채찍을 맞은 한 사람이 다른 범죄에 대하여 동일한 형을 선고받았다. 위의 왕립위원회가 설립되기 전인 1834년 111명 가운데 오직 한 사람만이 채찍형을 선고받았지만 범죄수는 더 증가하기만 했다. 1850년에는 채찍형을 두 번 가하는 것이 불법으로 간주되었다. 1868년에는 평화시에 채찍형이 금지되었고, 전시에도 그 최대치는 50대를 넘지 못하였다. 1881년에는 채찍형이 완전히 폐지되었다. 그러나 소년인 선원에 대한 채찍형은 아직 합법이었다. 물론 학교에서의 체벌도 여전히 존속하고 있었다.

오늘날 상황은 달라졌지만 얼마나 달라졌는지 확인하기는 매우 힘들다. 군대에서는 중대한 범죄에 대하여만 구금형이 선고되었지만, 이에 대하여 우리가 알고 있는 바는 매우 적다. 군대는 사회의 다른 제도와 분리되어 있어 외부의 전문가가 이 문제를 해결하기 위하여 간섭할 수가 없다. 오늘날 군대는 안팎에서 그 규율제도를 완화해야 한다는 압력이 가해지고 있는 것 같다. 이러한 압력은 많은 사건들, 예컨대, 샌프란시스코에 있는 군주둔지(the Amy Presidio Stockade in San Francisco)에서 탈출을 시도하기 위하여 살육전이 발생하였던 1968년의 번치 일병(Private Bunche) 사건 등에서 야기되었던 것 같다. 27명의 죄수가 자유의 노래를 부르다가 소요죄로 체포되어 16년의 중노동을 선고받았다. 이 문제를 조금 더 연구해 보면 당시의 군형벌은 일탈

67) *Ibid.*, p.xi.

행위를 한 군인들을 '재교육훈련' - 군대용어로는 '재활'[68] - 을 통하여 개선시키는 방향으로 나아간 것을 알 수 있다. 물론 재활의 사상과 응보의 요건 사이에는 팽팽한 긴장이 있었던 것은 당연하다.

아마도 더 흥미로운 것은 '비사법적인 처벌'의 지위일 것이다. 이는 예전부터 일상적인 군의 규율이었다. 여기서 또 한 번의 사건이 터져 군대가 비난의 화살을 맞게 되었는데, 그 사건은 정신지체사병이 '과도한 규율의 적용'으로 죽게 된 사건으로 이는 미국 웨스트 포인트 사관학교(the West Point)의 치부가 되었다.

미국 통일군형법(the U.S. Uniform Code of Military Justice) 제15조는 지휘관이 비사법적 처벌, 즉 형벌을 재판없이 내릴 수 있는 권한을 규정하고 있다. 그 해석집을 인용하면 다음과 같다. "… 지휘관이 유죄 선고하거나 방면할 수 없다면 그것은 재판이 아니다. 지휘관은 형벌을 내리거나 기소유예할 수 있다.…"[69] 이 제도가 가지고 있던 장점은 지휘관이 '前科'와 같은 범죄자의 기록을 참고하지 않고 범죄자를 처벌할 수 있다는 점이다. 물론 이것은 장점과 단점을 아울러 가지고 있었다. 왜냐하면 범죄자가 재판을 요구하여 항소한 경우 재판에서 지면 유죄가 확정되기 때문이다. 또 범죄자가 항소하고 있는 동안에도 처벌을 받아야 했다. 따라서 비사법적인 차원 이상으로 항소하는 것은 가볍게 처벌받을 수 있는 것이 아니었다.

비사법적 처벌의 유형으로는 다음과 같은 것들이 있다 - 즉 견책이나 징계, 경계제한(최대 6일), 추가의무(최대 45일), 교정시설 구금(최대 30일), 減食拘禁(최대 3일), 봉급몰수(최대 2개월), 봉급유치(최대 3개월), 일계급 강등. 처벌은 동시에 내려질 수도 있고, 연속적으로 내려질 수도 있다. 그러나 일정한 최대치를 넘을 수는 없었다.

지금까지 우리는 로마시대 이후 군대에서 집행된 다양한 형벌의 유형이 어떤 연속성을 가지고 있는 것을 보았다. 이것은 형벌이 당연히 명령에 내재하는 것이라는 사상과 밀접하게 관련되어 있다. 형벌이 없

68) S. L. Brodsky and N. E. Eggleston, eds., *The Military Prison* (Carbondale: Southern Illinois University Press, 1970), p.25.
69) J. K. Taussig et al, *Military Law* (Annapolis, Md.: U.S. Naval Institute, 1963), p.21.

으면 명령이 존재할 수 없다. 많은 유형의 형벌은 예전부터 민간인들에게 적용된 것과 유사하지만 군형법에는 탈영이나 명령불복종 같은 범죄가 추가되어 더 가혹하게 되었다. 특히 흥미로운 것은 초기 로마의 도시들이 군대에 의하여 지배되었다는 점이다. 따라서 군사재판이 민간인의 사법분야에 이어졌을 것이라는 인상을 지울 수 없다.

이러한 인상은 사실 그대로이다. 全시대를 걸쳐 형사사법을 집행하는 사람들의 행동은 군대에서 군인들이 하는 것과 상당히 유사하다. 피고인에 대한 기본적인 "권리"가 규정되기까지는 그에 대한 체포와 재판이 유명무실했다. 피고인이 협력을 하지 않으면 壓殺刑(peine dure et forte)을 받거나 증거가 수집될 때까지 감방에 갇혀 있어야만 했다. 범죄자가 형사사법제도에 들어오게 되자 복종이 중요하게 되었고, 실제로 감옥이 등장하여 이는 필수적인 것이 되었다.

이제 제도화된 형벌의 유형에 한 가지를 더 첨부해야 할 때가 된 것 같다. 우리는 지금까지 가족, 학교, 그리고 군대가 그 초기 시절에 피지배자들의 절대적인 복종을 요구하였다는 것을 보았다. 그런데 절대적인 복종 이외에 항구적이고 가시적인 승인을 요구하는 또 다른 사회제도가 있는 것을 간과할 수 없다. 그것은 바로 교회이다. 교회가 주도권을 쟁취했을 때, 형벌의 신성하고 사회제도적인 측면이 한데 합쳐져 인간이 고안한 가장 참혹한 형벌을 만들어내게 되었던 것이다.

제5장 형벌의 공포

제5장 형벌의 공포

앞에서는 형벌의 기원과 유형에 있어서 종교적이라고 말할 수 있는 형벌에 대하여 언급하였는데, 이 章에서는 제도로서의 종교를 강조해 보려고 한다. 내가 의도하고자 하는 바는 종교를 - 일상생활 속에서 우리가 깊이 몸담고 있고, 신앙, 신화, 미신, 신성한 의식 등을 담고 있는 - 일종의 기제로서 간주하는 것뿐만 아니라, 사회계급·법·경제구조 및 일정한 제재형식을 갖춘 공식적인 사회제도로서 간주하는 것이다. 형벌은 이러한 사회적인 배경을 바탕으로 바라보아야 한다. 사회제도는 그 스스로의 요구를 발생시키고, 그 나름대로의 특별한 제재양식을 발생시킨다. 또한 사회제도는 사람들의 압력이나 요구에 반응한다. 따라서 우리는 종교상의 형벌제도양식을 제도와 인간의 욕구에 상응하여 유동적이며 끊임없이 발전하는 현상으로 연구해야 한다.

당연히 신성한 규문주의 종교재판으로부터 시작해야 할 것이다. 규문주의 종교재판의 형벌은 역사학자들이나 감성주의자들에 의하여 상당히 왜곡되어 왔다. 예컨대, 19세기의 많은 종교역사학자들은 규문주의 종교재판으로 인하여 어느 누구도 화형을 당하지 않았다고 주장하여 교회의 역할을 희석시키려고 하였다. 엄격하게 말하면 이것은 사실이다. 왜냐하면 법률상으로는 (규문주의 종교재판에 의하여) 화형에 처하도록 선고를 받은 자는 세속재판권에 인도되어 집행되었기 때문이다. 그러나 그러한 자가 죽게 된 데에 대하여 책임을 지는 것은 당연히 규문주의 종교재판이었던 것도 의문의 여지가 없다. 이제 이 책에서는 그러한 책임을 다른 자에게 전가시키려고 했던 자들에 유의하면서 그 밖에 행해진 다른 비근한 예들을 고찰해 보도록 하자.

신성한 규문주의 종교재판 : 형벌의 왕국

종교재판을 객관적이면서도 철저하게 설명한 리(H. C. Lea) 교수[1]는 종교재판이 매우 더디게 시작되었다고 지적하고 있다. 이교도들을 사형에 처하게 한 최초의 법은 기원후 382년에 제정되었다.[2] 당시 종교재판관은 평민이었다.

샤를마뉴(Charlemagne) 대제가 로마를 방문한 800년, 교회법이 시민법과 합치되었다. 이 시기 이전에는 교회법이 나름대로의 제재체계를 가지고 발전했고, 이것은 로마의 시민법보다 우선한다고 생각되었다. 당시의 종교관에서는 개인을 사회의 일부분에 지나지 않은 추상적인 존재로 간주했다. 이것은 완전히 집단주의적인 독단이었다. 따라서 로마의 시민법은 사용되지 않게 되었다. 물론 그 이유는 카톨릭 교회의 구조가 司法을 집행하는 강력한 중심을 요구했기 때문이다. 司法에 관한 한 분쟁해결을 위한 소송이 발생하지 않았다. 교회는 말 그대로 법정(sedes justitiae)이었다. 샤를마뉴 대제는 그의 왕국의 질서를 유지하는 데 사용될 수 있는 로마시민법의 모든 것을 채용했다. 그는 모든 사제와 세속공직자들에게 "모든 미신행위와 이교도 숭배를 금지하라"고 명했다. 이에 따라 로마법의 연구는 다시 왕성하게 행해졌고 이는 교회법에 완전히 통합되었다.

그러나 샤를마뉴의 왕국이 붕괴한 후에는 사제들이 적극적으로 나서서 이교도 숭배를 막지는 않았다. 교회는 종교재판과정의 위험성을 인식하고 있었다. 당시 종교재판은 법관이 검사인 糾問主義(범죄를 기소하는 자와 이를 심판하는 자가 동일한 형사소송주의. 즉 법원이 범죄자를 잡아 기소하고 재판하는 소송형태 - 역자 註)를 채택하고 있어 범죄자가 일반적으로 유죄라고 믿어질 때에만 소송절차가 시작되었다. 소송은 실질적으로는 대중들에게 맡겨져 있었으며, 그들은 실망시키는 법이 없었다. 1144년 리지(Liege)에서 범죄를 자백했던 카타리派(the

1) H. C. Lea, *The Inquisition of the Middle Ages* (New York: Harper & Row, 1969), 이 책의 원본은 Vol.I, *A History of the Inquisition of the Middle Ages*, 1887 으로 출간되었다.
2) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.147.

Cathari, 중세 유럽 마니교의 이교도단 - 역자 註)의 경우가 아마도 좋은 예가 될 것이다. 그들은 자신을 불태워 죽이려고 하는 군중들 속에서 구출되었다. 1167년 윌리암 애보트(William Abbott)는 자신의 손에 목숨이 달린 이교도를 어떻게 처리할지를 모여든 군중들에게 물었다. 목소리는 합창이 되어 대답했다. "불에 태워 죽이시오!" 그 말대로 화형이 집행되었다. 1114년 일단의 군중들이 감옥을 부수자 사제들은 도망을 가고, 이교도들을 잡아 화형시켰다. 이 이교도들은 '물에 의한 試罪法'(water ordeal)에 의하여 유죄가 인정되었다(물에 의한 시죄법이란 범죄자를 물에 빠뜨려 뜨면 유죄이고, 가라앉으면 무죄로 판명되었던 것이다. 제6장에 나오는 물고문의자[ducking stool] 참조).

이교도의 숫자는 점점 늘어났으나 1220년까지 사제들은 이 문제에 대해 무관심했다. 지배계급은 이교도를 억압하라고 요구했으나 중앙집중적인 제도나 기구가 없었기 때문에 그러한 노력은 미미했을 뿐이다.

그 다음 단계는 아이러닉칼 하게도 프레드릭 2세가 취한 것으로, 그는 대중들이나 지배계층이 자신에게 압력을 가한다고 느끼고 있었기 때문에 1220-1239년 사이에 모든 이교도들을 박해하는 법을 제정했다. 이교도들은 교회에서 재판을 받고 세속법원에 이송되어 화형당하고 모든 재산이 압수되었다. 프레드릭은 교회의 재산이 많은 데에 대하여 항상 불만을 가지고 있던 교회의 적대자여서 교회로부터 두 번이나 파문을 당했지만 아이러니칼하게도 그는 규문주의 종교재판의 법적 기초를 세운 첫번째 인물이었다. 그때부터 규문주의 종교재판은 세속권력인 국가와 긴밀하게 연합했다. 그러나 규문주의 종교재판관들이 세속권력자들보다 훨씬 더 큰 권력을 얻게 되자 양측의 알력이 생기게 되었다. 교회와 세속국가가 기본적으로 神政法이라고 할 수 있는 법을 집행했던 이상스러운 모습은 평민들이 종교집행관을 "교황폐하"(Your religious majesty)라고 부른 것에서도 입증된다. 그러나 오랜 기간 동안 이탈리아만이 규문주의 종교재판관을 위한 재정적 책임을 받아들였다. 그러나 화형식에 드는 비용만은 예외였다. 따라서 재산의 몰수는 규문주의 종교재판의 아주 중요한 부분이다.

규문주의 종교재판에 드는 비용은 막대했을 것이다. 14세기 중반까

지 규문주의 종교재판은 엄청난 권력을 가지게 되었고, 거대한 제도로 발전되었다. 모든 소송절차가 자세하게 기록되었다. 심문과정중에 행해진 모든 말들이 기록되고, 이교도들의 진술도 기록되었다. 그것을 기록하는 데에만도 막대한 비용을 들였을 것이다. 그러나 도망갈 수는 없었다. 잘 짜여진 조직이 형성되어 도망하기만 하면 언제든지 다시 잡혔다. 기록을 남겼던 것은 물론, 염탐꾼과 포졸들도 많았다. 게다가 가족이나 친구들도 서로 감시하여 신고했고, 그들은 이교도를 비호하는 죄로 고발될까 두려워 서로를 감시하기도 했다.

그러면 어떻게 규문주의 종교재판이 그러한 횡포를 자행하게 되었을까? 어떤 이들은 규문주의 종교재판관들의 사악한 性的·심리적 동기에 원인이 있다고 주장하지만,[3] 나는 그들이 '새디스트'였다는 것만으로는 충분치 않다고 생각한다. 그들은 이교도로부터 자신을 보호하기를 열망했던 일반인들의 호응에 부응하면서 자라난 거대한 사법제도의 일부였다. 그 제도가 성장하자 사람들은 오히려 그들이 전횡하는 공포에 두려워했다. 처음에는 교회가 이교도들을 박해하는 데 매우 신중했다. 규문주의 종교재판제도의 위험성이 인식되었고, 그에 대한 보호책도 강구되었다. 그러나 보호책이 도입되자 그들은 급속하게 수그러들었다. 예를 들어, 규문주의 종교재판관들은 고문을 행하기 위하여 교회의 허가를 받지 않았는데, 그 이유는 만약 그들이 고문을 행한다면 그들은 '불법을 행하는 것이 될 것이고', 사제들에 의하여 파문을 받기 때문이다. 어찌 되었든 고문이라는 것은 기독교 원칙에 부합하는 것은 아니었다. 실제로 그라티아누스(Gratianus)는 고문에 의한 자백은 교회법에서 인정될 수 없다고 주장했다. 고문이 필요하다고 인정된 것은 1215년 라테란 공회(Lateran Council)가 로마의 시민법을 상세히 조사하고 난 이후부터이다. 그러나 고문자들이 사제에게 가서 사면을 구하는 것이 대단히 비효율적이었기 때문에 교황 이노센트 4세(Pope Innocent IV)는 1245년 규문주의 종교재판관들과 그의 가족들에게 서로를 사면할 수 있는 권한을 부여했다.[4] 이제 교회는 형벌제도의 우두

3) *Ibid.*
4) Lea, *The Inquisition*, p.133.

머리가 된 것이다.

이제 오늘날까지도 정치 및 경찰제도의 본보기를 보인 규문주의 종교재판의 고문사용에 대하여 살펴보기로 하자. 고문을 사용하는 모든 조직의 목적에서 보여지는 바와 같이 고문을 하는 가장 핵심적인 목적은 자백을 얻어내기 위해서이다. 종교재판관들에게는 자백이 매우 중요했기 때문에 사제나 포졸들은 이교도가 이질직고하기를 바라는 마음으로 형틀에 매달리게 될 때까지 그와 동행하기도 했다. 화형을 면제받은 이교도들도 있었으나 그들은 나머지 생애를 감옥에서 보내야만 했다. 범죄가 중대한 경우에는 자백을 하든 안하든 죽음을 면할 수 없었다. 그러나 자백을 얻어내기 위하여는 어떤 노력도 마다하지 않았다.

종교재판관들은 재판과정의 두 가지 기본적 요소를 새롭게 하였다. 그 두 가지 요소란 바로 시간과 공포이다. 규문주의 종교재판이 발전함에 따라 사람들을 공포로 마비시키려고 했던 것이 바로 교회의 의도였다는 것이 분명해졌다.[5] 이를 위하여 많은 방법들이 동원되었다. 예컨대, 심문과정은 철저하게 비밀이 지켜졌으며, 비밀경찰제도가 운영되었고, 공포로 휩싸인 고문실이 존재했으며, 이교도들이 감금된 감옥은 세상사람들과 철저하게 분리되어 운영되었다. 실제로 스페인의 규문주의 종교재판 당시까지 감옥은 종교재판관이 있는 건물에 소재하고 있었다 - 종교재판관들은 그 건물에서 먹고 자면서 심문을 했던 것이다. 이것이 의미하는 바는 일단 범죄자가 잡혀 들어오면 법정에 설 때까지 다른 사람들은 그의 모습을 볼 수 없다는 것이다. 범죄자는 밤이건 낮이건 간에 아무 때라도 심문받았다. 규문주의 종교재판은 완전하고 철저한 통제를 행사하고 있었던 것이다. 게다가 범죄자는 고문을 받게 되면 다른 이교도들의 이름을 불게 마련이다. 따라서 어느 누구도 전지전능한 재판관이 가지고 있는 명부에 자신의 이름이 들어 있는지를 결코 알 수 없었다.[6]

---

5) 혹자는 이것을 "일반예방"(general deterrence)의 개념과 연관시키려고 할지도 모른다(제10장 및 제13장 참조). 왜냐하면 이 당시의 형벌은 대부분의 사람들이 이교도가 되지 못하게 하는 작용을 했기 때문이다.

6) 이러한 공포에 가득찬 조직의 모습은 마치 솔제니친(Solzhenitzen)이 묘사한 스탈린 시대의 舊소련과 매우 유사하다. 이에 관하여는 솔제니친의 ≪수용

규문주의 종교재판에 대하여 글을 썼던 유명작가들이 주장하는 것처럼, 규문주의 종교재판이 단지 사람 죽이는 일과 고문하는 일에만 목적을 두고 있었다고 생각한다면 그것은 오산이다. 그것은 결코 사실이 아니다. 고문의 위협이야말로 재판관들이 능숙하게 다루던 구두심문을 성사시킬 수 있었다. 리 교수는 규문주의 종교재판이 가지고 있던 복잡한 기능과 공헌도를 다음과 같이 기술하고 있다.

> 종교재판관들은 사람의 마음을 움직일 수 있는 모든 지식과 경험을 겸비토록 훈련을 받았다. 지식인들의 간교한 속셈을 꿰뚫어 보았을 뿐 아니라 양심을 자극할 수 있는 가장 약한 부분을 찾는 기술도 가지고 있었다. 가망 없는 지하감옥에서 셀 수 없는 날들 동안 비참하게 지내게 하거나 얼음같이 냉정하게 대하면서 마음과 신체에 고통을 가하는 데 주저하지 않았다. 거리낌없이 폭력을 행사하여 때로는 희망을, 때로는 공포를 주었다. 비참함에 빠져 있는 범죄자들에게 냉소적으로 대하면서 온갖 사술을 동원하여 그들을 굶주림에 빠뜨려 자기방어도 할 수 없게 만들고, 이들이 내뱉는 말은 마치 가망없는 자들에게 품은 악한 감정을 분쇄시키기 위한 무제한의 힘을 찬양하는 악마의 선동인 듯하다. 그러나 이러한 일을 통하여 그들은 자신들이 신의 일을 행했다고 확신한다. 만약 지옥에서 영혼을 구할 수 없다면 그들의 일은 도로아미타불이 되기 때문이다. …[7]

감옥은 재판과정에서 매우 중요한 위치를 차지한다. 범죄자들은 고소나 고발당한 후 몇 개월 아니 수년 동안 심문을 기다리기 위하여 감옥에 투옥된다. 그들이 자신들 앞에 닥칠 공포를 예견하는 데에는 더 많은 시간이 필요했을지 모른다. 모든 속임수와 계략이 동원되었다. 범죄자는 식사도 제대로 공급되고 가족들도 만날 수 있어 꾀임에 속아 모두 자백할 수도 있다. 고문실에 데려간다고 하는 속임수에 빠질 수도 있다. 장기간 굶주리다가 술이 주어져 이를 마시고 취하거나 방심할 수도 있다. 따라서 고문실에 가지 않고도 자백할 가능성은 충분히 있었던 것이다.

이것은 고문이 광범위하게 사용되지 않았다고 말하는 것이 아니다. 물론 고문은 광범위하게 사용되었다. 그에 대하여는 의심의 여지가 없

소군도 *The Gulag Archipelago*≫ (New York: Harper & Row, 1973), Vol.1 참조.

7) Lea, *The Inquisition*, p.168.

다. 마찬가지로 이교도가 자백을 하면 이는 곧 자동적으로 화형을 받게 되는 것을 의미한다고 일반적으로 알고 있다. 그러나 이것도 사실이 아니다. 화형은 그야말로 최후수단으로 행해졌다 - 규문주의 종교재판의 가장 중요한 목적은 바로 자백을 얻어내게 위한 것이었기 때문이다. 만약 자백을 얻어낸다면 화형을 피할 충분한 가능성이 있었다. 사실 리 교수의 말에 따르면, 화형은 이미 자백을 하고 다른 형벌을 받은 이교도가 재차 이교도에 빠질 때에 행해졌다고 한다. 이러한 경우에는 예외없이 화형이 내려졌다. 당시에 사용되었던 형벌의 다양함은 1308년-1322년 동안 종교재판관인 버나드 귀(Bernard Gui)가 집적한 자료에서도 알 수 있다. 그 내용은 다음과 같다.[8]

세속법정으로 이송하여 화형에 처한 경우	40건
뼈를 발굴하여 화형에 처한 경우	67건
구 금	300건
구금당한 자의 뼈를 발굴한 경우	21건
십자가형에 처한 경우	138건
성지순례를 시킨 경우	16건
성지로 추방한 경우	1건
도피자	36건
유대교의 율법인 탈무드로 고발한 경우	1건
가옥을 파괴한 경우	16건

이러한 자료로부터 분명히 알 수 있는 것은 당시 가장 두려운 형벌은 지하감옥에 감금하는 것, 몰수, 굴욕적인 참회, 십자가형, 그리고 보이지 않는 경찰력의 행사였던 것이다. 감옥은 특히 자백을 한 사람들로 항상 만원이었다. 이러한 형벌의 사용은 광범위하게 행해졌고 규문주의 종교재판의 가장 핵심적인 제도로 인식되어, 스페인의 규문주의 종교재판 이후에는 이것이 중세 이후 가장 중요한 형벌이라고 간주되었다. 흔히 현대의 저술가들은 비교적 최근에 들어와서야(1800년 이후) 징역형이 행해졌다고 주장하고 있다.[9] 감옥은 이미 오래 전부터 재판을 받기 위해 대기하는 장소로서가 아니라 형벌 그 자체로서 우리

8) *Ibid.*, p.250.
9) 셀린 교수도 이러한 오류를 그의 저서인 ≪노예제와 형벌제도 *Slavery and the Penal System*≫에서 지적하고 있다.

곁에 존재하고 있었다. 왜 형사학자들은 이러한 사실을 간과하는 것일까? 그것은 아마도 화형이라는 형벌에 가려 잘못 판단했기 때문일 것이다. 즉,

> 신앙이 다르다고 하여 사람을 산 채로 화형에 처하는 것은 매우 잔혹한 것으로서 이것이 바로 규문주의 종교재판의 주된 모습이라는 인상을 강하게 주었다. 그러나 화형이 자주 사용되기는 했지만, 그것은 단지 처형방법 가운데 극히 일부분만을 차지할 뿐이었다.[10]

이에 반하여 역사학자인 로렌트(Llorente)는 1481년-1517년까지의 규문주의 종교재판 기록을 조사한 것에 근거하여 다르게 해석하고 있다. 그는 당시 스페인에서만 약 13,000명이 화형에 처해졌고, 1481년-1808년에 화형에 처해진 사람은 모두 341,021명이라고 주장한다.[11] 그러나 현대의 범죄와 형벌에 관한 통계도 분석하기가 어려운데, 하물려 중세 이후의 통계를 그대로 믿을 수는 없었다.[12]

그러나 악명높은 토크마다(Torquemada)가 주도했던 스페인의 규문주의 종교재판이 상당히 엄했다는 것은 사실인 듯 싶다. 여기에서도 범죄자의 재판과정이 비밀에 부쳐져 세상과 완전히 분리된 채 재판이 진행되었다. 죄수들은 입에 재갈이 물려지거나 사슬에 매어졌다. 왜냐하면 그들이 말을 하면 재판을 기다리고 있는 다른 죄수들에게 악영향을 미칠까 두려워 했기 때문이다. 그런데 리 교수는 규문주의 종교재판소의 감옥이 세속의 감옥보다 더 열악하지는 않았다고 지적하고 있다. 사실은 더 좋았을지도 모른다. 1561년 규문주의 종교재판을 받은 죄수들은 모든 '필요한' 보호를 받았다고 하는 증거가 남아 있다.

또 스페인의 규문주의 종교재판 당시 범죄자들에게 채찍형을 가한 것은 흔히 있던 일이었다. 이것은 초기 이탈리아의 규문주의 종교재판에서도 행해졌지만, 죄수를 공개적으로 채찍질한 것은 스페인의 규문주의 종교재판에서 더 많이 행해졌다.[13] 여기서 다시 한 번 오래된 형

---

10) Lea, *The Inquisition*, p.307.
11) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.152.
12) 다음 章에서는 초기 영국의 경우 사형에 관한 통계가 얼마나 왜곡되었는지에 대하여 살펴볼 것이다.
13) H. C. Lea, *A History of Spanish Inquisition* (New York: Macmillan, 1906), pp.

벌과 연관을 맺어 보도록 하자.

신앙과 채찍형

채찍형은 기독교의 초기부터 핵심적인 요소로 등장했다. 기원후 508년 聖 세자르 다를(Saint Cesaire d'Arles)은 규칙을 위반한 수녀들에게 채찍형이 가해졌다고 기술하고 있다. 이 형벌은 곧 모든 명령불복종에 대하여까지 확대되었으며,[14] 채찍형의 수와 정도는 수도원장의 재량에 맡겨져 있었다. 형벌의 규칙은 상급자와 하급자의 두 유형으로 나뉘어져 있었다. 상급자의 경우에는 등의 윗부분에 가해졌고, 하급자의 경우에는 주로 엉덩이와 복부에 가해졌다. 이러한 관행이 많은 수도원에서 행해졌다는 것은 다음과 같은 사실에서도 입증되는 바이다. 즉 남자 수도승이나 수녀는 등이 터진 옷을 입고 있었는데, (混淫이나 性的 방종과 같은) 중대한 범죄인 경우에는 옷이 벗겨진 채 공중 앞에서 매를 맞았다.[15] 많은 자료를 구할 수는 없지만 수녀들에 대한 채찍형이 특히 남자 수도승들에 의하여 광범위하게 행해졌던 것 같다.

그러나 한 가지 유념해야 할 것은 형벌로서의 채찍형과 性的 쾌락으로서의 채찍질을 구분해야 한다는 것이다. 수도승과 수녀는 어찌 되었든지 제한된 공간에서 금욕생활을 할 수밖에 없었다. 그들은 性이든 음식이든 간에 육신의 쾌락에 항상 유혹당했다. 대부분의 경우에는 그들이 채찍질을 당하기를 원했고, 때로는 스스로를 채찍으로 때리는 경우도 있었다 - 聖人들조차 이런 행위에 빠진 자들이 있었다. 예컨대, 聖 파시푸스(St. Pacifus)는 "채찍질 소리를 듣거나 피범벅이 된 모습을 본 모든 사람들을 공포에 떨게 할 때까지" 자신에게 채찍을 가했다고 한다. 예수나 聖 베드로 이후에 이런 예를 많이 찾아볼 수 있다. 따라서 자기 스스로 채찍질을 하는 것이나 다른 사람이 채찍질을 가하는

509-522.

14) *Ibid.*, p.512.

15) A. Boileau, *History of the Flagellants, Otherwise of Religious Flagellations among Different Nations, Etc.* (London: Fielding and Walker, 1783).

것을 진정한 형벌이 아니었다고도 말할 수 있다.

채찍질은 따라서 수도생활의 중요한 부분이 되어 일종의 '신체단련'이라고까지 알려졌으며, 이는 당연히 어떤 자가 특별한 죄를 범하든 아니든 아니면 특별히 사악한 생각을 하든 안하든 간에 수도생활의 일부분이 되었다.

> … 카름派(the Carmes)의 수도승들은 일주일에 두 번 자신의 신체를 단련했고, 몬테 카지노(Monte Cassino)의 수도승들은 일주일에 한 번 신체를 단련했다. 운슐린(the Unsuline)의 수녀들은 매주 금요일마다 수행했다. 카르멜派의 수녀들은 수요일과 금요일에, 그리고 성모방문 수녀회(the Nuns of the Visitation)의 수녀들은 마음이 내킬 때 수행했다. 영국의 베네딕트 수도회원(the English Benedictines)들은 사계절마다 매주 행하였고, 셀레스트린派(the Celestrine)의 수도승들은 축제 전날밤에 행하였다. 그리고 카푸친 탁발승들(the Capuchin Friars)은 매일 행했다.[16]

이것을 쾌락이라고 부를 수는 없지만, 특별한 불법행위에 적용되지 않았다는 의미에서 형벌이라고 할 수는 없을 것이다. 오히려 채찍질은 일상생활에 필요한 부분이었던 것이다.

그러나 종종 쾌락이 가미되기도 했다. 클래프트-에빙 박사(Doctor Krafft-Ebing)에 의하면 16세기말까지 살았던 카르멜派 수녀인 파찌의 마리아 막달레나(the Carmelite Nun, Maria Magdalena of Pazzi)의 유명한 일화를 전하고 있다. 그녀는 대중 앞에서 옷이 벗겨진 채 엉덩이에 채찍을 맞았을 때, 그녀는 "아, 이제 충분해요. 이제 더 이상 나를 태워버리는 격정을 돋구지 마세요. 이것은 내가 바라던 죽음이 아닙니다. 쾌락과 흥분에 더 이상 어찌할 수가 없어요."라고 소리쳤다.[17]

수도승과 수녀가 그러한 가학적-피가학적인 음탕한 짓거리를 자행했다는 이야기는 수없이 많다. 이런 이야기들의 대부분은 수도승들이 수녀나 어린 여자 수행자들에게 가한 짓거리들이다. 그런데 이러한 짓거리를 방지하기 위하여 교회가 많은 규칙을 만들어내고 충고를 했다는 점에 비추어보아 당시 이 문제가 심각했던 것으로 짐작할 수 있다. 예

16) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.117.
17) R. Krafft-Ebing, *Psychopathia Sexualis* (New York: F. J. Rebman, 1925), p.36.

를 들어 사제가 여자의 고해성사를 들을 때에는 눈 앞에 성경을 펴들고 잠언의 시구를 인용하라고 충고받았다.[18] 또 규문주의 종교재판이 행해지는 동안 재판관들은 여자죄수와 함께 홀로 남아 있어서는 안되었다. 실제로 스페인의 규문주의 종교재판 당시 여자죄수와 성행위를 한 자가 사형에 처해지기도 했다.[19]

이 점에 관하여 믿을 만한 자료를 제공해 주고 있는 리 교수는 사제들이 여자수행자들에 대하여 性的으로 이익을 본 경우가 많이 있다고 보고하고 있지만, 실제로 그런 경우는 (적어도 17, 18세기에는) 매우 드물었다. 많은 작품들에서는 그러한 성적 유희가 많이 행해졌다고 전해주고 있다(특히 사드[Marquis de Sade]의 작품은 그러한 내용을 많이 담고 있다). 특히 규문주의 종교재판에서 자백이 비밀스럽게 행해졌다는 사실에서 일반인들은 그러한 행위들이 빈번히 발생했을 것이라고 의심할 수밖에 없고, 또 이것은 '실제로 무엇이 행해졌는지'에 대하여 자세히 조사하는 것을 방해하기도 한다. 그러나 한편으로는, 瀆職에 대한 형벌이 매우 가혹했기 때문에 실제로 재판관들이 그러한 유혹에 빠졌는지에 대하여 의심을 낳게 한다. 질서를 바로 잡기 위해서는 규칙을 제대로 시행하는 길밖에 없었을 것이다. 그렇더라도 규문주의 종교재판제도가 대단히 엄격하게 행해졌기 때문에 붙잡힐 가능성은 매우 높았다.

어찌 되었든 규문주의 종교재판은 적어도 서구문명사에 있어서 처음으로 광범위하고, 중앙집권적이며, 체계적인 형벌제도를 발전시켰다. 형벌의 유형과 그에 대한 정당화는 이미 로마시민법에서 수립되었다. 이와 동시에 교회는 이교도들을 직접 처형하는 책임에서 벗어나기 위하여 세속법정에 신병을 인도하여 처형하게 했다. 물론 세속법정이 이것을 달가와하지는 않았지만 말이다. 이론상으로는 교회가 이교도를 사형에 처하지 않았다. 규문주의 종교재판은 단지 '교회의 보호를 철회했을 뿐'이다. 그러나 규문주의 종교재판제도는 오늘날의 정치제도에서도 보여지는 위협과 고문에 기반을 둔 심문제도를 발전시켰다. 또

18) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.157.
19) Lea, *The Inquisition*, p.523.

한 이러한 형벌제도는 교회와 세속국가 사이의 복잡미묘한 관계에 뿌리를 두고 발전했다는 것을 알 수 있다. 세속국가를 등 뒤에 두지 않았다면 규문주의 종교재판은 아예 시작조차 하지 못했을 것이다. 그러한 예로 영국에서는 - 매리 튜더 왕조시대에 교회와 국가가 연합한 시기를 제외하고 - 규문주의 종교재판이 실제로 행해지지 않았다는 것을 증거로 들 수 있을 것이다.

종교형벌의 특정대상 : 유대인, 여성 그리고 동물

오늘날에는 여성이 특히 마녀와 관련하여 대표적인 이교도로서 형벌의 주된 대상이었다고 알려져 있는데, 리 교수는 유대인과 여성이 박해의 대상이었다는 사실에 매우 많은 관심을 가지고 있다. 게다가 규문주의 종교재판이 한창 최고조에 달할 시기에 유럽에서는 유대인이 몰살되었다고 주장하고 있다. 마녀에 대한 미신과 유사한 미신이 유대인에 대해서도 많이 있었다.[20] 예컨대, 유대인들은 어린아이를 살찌운 다음 십자가에 못을 박는다고 사람들은 생각했다. 1144년 100명의 유대인이 이러한 행위로 재판을 받아 교수형을 당했다. 이와 유사한 사건으로는 1915년 미국 조지아州의 애틀란타에서 발생한 레오 프랭크(Leo Frank) 사건이 있다. 유대인들이 이교도들의 많은 부분을 포함하고 있었다는 것은 그리 놀라운 일이 아니다. 유대인들은 전통적으로 개종이냐 순교냐 하는 선택을 강요당했다. 따라서 많은 사람들은 마음속으로는 자신의 종교를 비밀스럽게 신봉하면서 겉으로만 기독교를 믿는 척 했다. 그런 사람들은 마라노人(Marranos, 중세 스페인이나 포르투칼에서 박해에 못이겨 기독교화한 유대인 - 역자 註)이 될 유혹에 빠지기 쉬웠으며, 그들은 규문주의 종교재판의 대상이 되었다. 왜냐하면 그들은 종교재판관의 두려움을 잘 나타내주었기 때문이다. 즉 그들이 자백을 할지라도 그것이 진정은 아니었다. 그들의 이러한 행동은 곧

---

20) V. Morais, *A Short History of Anti-Semitism* (New York: W. W. Norton & Co., 1976), p.94.

고문을 정당화시켰다. 1481년 6명의 마라노人이 화형을 당했고 이러한 관행은 3세기 이상 계속되었다.[21]

물론 여성도 분명히 박해의 대상이었다. 규문주의 종교재판의 재판관들은 모두 남자였고, 한번도 여자가 재판관이 되었던 적이 없다. 남자인 재판관들은 여성에 대한 편견이 심하여 여자는 거짓말을 하고 속이고 감추는 것이 있다고 믿었다. 1487년 발간된 한 양심적인 종교재판관의 공문서인 ≪악의 뼈 *Malleus Maleficarum*≫에는 다음과 같이 기술되어 있다. 즉,

> … 이 세상에 등장한 첫번째 여성은 휘어진 갈비뼈로 만들어졌기 때문에 그 심성이 남자와는 반대로 정직하지 못하다. 이러한 결점 때문에 여성은 불완전한 동물이고, 항상 거짓말을 한다.[22]

에릭 미들포트(Erick Midelfort)가 철저하게 연구한 ≪남서부독일의 마녀사냥, 1562-1684 *Witchburning in South Western Germany, 1562-1684*≫를 보면, 마녀재판이 '사회적으로 동화될 수 없는 집단'인 미혼녀들에게 행해졌다고 한다. 미들포트는 16세기 말엽에 결혼양식이 바뀌어졌기 때문에 이러한 미혼녀집단이 증가했다고 주장하고 있다.

여자는 유혹자로 간주되었고, 불의 혀를 가지고 있다고 여겨졌다.

21) 물론 오래 전부터 유대인이 박해를 받아왔다는 것은 잘 알려져 있는 사실이고, 이에 대한 연구도 상당히 많이 행해졌다. 그런데 영국에서는 그들이 종교적인 박해의 대상이 되었던 것이 아니라 왕국의 재정을 위한 대상이 되었다 - 특히 헨리 2세때에 그러했다. 청교도들에게는 고리대금업이 금지되었지만 유대인들에게는 금지되어 있지 않아 그들은 막대한 이익을 얻었으며, 심지어는 40%까지 이자를 붙이기도 했다. 당연히 빚진 사람들이 이것을 좋아할 리가 만무하였다. 그런데 유대인들은 소수였으므로 왕의 관리들은 이들이 어린아이를 잡아먹는 습관이 있다는 소문을 퍼뜨려 유대인들의 재산을 빼앗으려 하였다. 유대인들은 상당히 많은 세금을 납부해야만 했고, 헨리 2세 당시에는 매우 엄격한 법이 제정되어 유대인이 죽으면 그의 전재산을 몰수하여 국왕에게 귀속시켰다. 유대인의 유족들은 돈을 내고 이것을 모면해야 했다. 이러한 방식으로 헨리 2세는 재정을 끌어모아 축제나 왕의 행사에 사용하였다. 이러한 관행은 에드워드 1세때까지 계속되어 급기야 유대인들은 알거지가 되었다. 유대인의 재산에 눈독을 들인 에드워드는 급기야 1290년 유대인을 영국에서 추방하게 된다(D. M. Stenton, *English Society in the Early Middle Ages* [London: Penguin, 1951], pp.193-202).

22) H. Krammer and J. Sprenger, *Malleus Maleficarum*, trans. Mantagu Summers (London: Hogarth Press, 1928), p.44.

이교도나 마녀에 대한 재판은 주로 그들이 한 말에 대하여 행해졌다. 구두심문의 핵심적인 사항이 간과되지 않았을 것임에 틀림없다. 아마도 여자들은 오늘날의 '말많은 수다스런 사람' 쯤으로 여겨졌을 것이다. 나중에 이것은 '잔소리' 범죄와 그에 대한 이상한 형벌을 낳기도 했다. 미국의 매사츄세츠州에 있는 살렘(Salem)에서도 마녀재판이 행해졌는데, 그 대상이 되었던 여자들은 모두 말많은 여자들이었다고 한다. 잔소리에 대하여는 나중에 더 살펴보기로 하자.

규문주의 종교재판이 행해지던 전후에 동물의 죄와 이에 대한 처벌도 형벌의 역사에 중요한 부분을 차지한다. 동물의 처벌은 모든 사회에서의 형벌에 있어 상당 부분을 차지하고 있다. 어찌 되었든 여러 종류의 동물들은 오랜 시간 동안 가족의 일부분이었다고 할 수 있다. 우리는 정신이상이나 심신장애가 형벌면책사유로 인정되어 온 것을 알고 있는데 이전에 이미 '비이성적인 동물'에 대한 면책이론이 있었다.

동물에 대한 처벌은 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 가축이 아닌 인간이 직접 통제할 수 없는 동물이나 곤충에 대한 것이고, 다른 하나는 중세 교회법원에서 행하여졌던 살인 등의 죄를 범한 동물에 대한 것이다. 여기에는 돼지, 소, 말, 당나귀, 개 등이 포함된다. 돼지를 법정의 한 귀퉁이에 가두고 그에 대하여 재판을 진행했던 모습을 상상해 보면 오늘날에는 우습기 짝이 없을 것이다. 그러나 이것이 중세사회에서는 당연한 것이었다.

16세기 프랑스의 앙똥(Anton)에서는 샤스니(Chassenee)라고 하는 유능한 변호사가 그 지방의 밀을 먹어치워버린 들쥐떼를 변호한 사건이 있었다.[23] 그는 혼신을 다하며 많은 법원칙을 인용하면서 변호를 했다. 예컨대, '쥐들은 도중에 고양이가 나타나 자신들을 죽일지도 모르기 때문에 법정에 출석할 수 없었다'든가, '그들은 멀리 떨어진 라텡(Latin)에 소환을 받았다'든가, 혹은 '이들이 세속법원이 아닌 교회법원에 소환된 것이 타당한가' 하는 등의 질문을 던진 것이다. 최종판결은 전해지고 있지 않지만, 추측해 보건대 당시 중세시대에 교회법원

23) E. P. Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals* (London : Heinemann, 1906), pp.18, 45-60.

에서 행해진 이와 유사한 다른 사건에 비추어보아 이 쥐들은 유죄판결을 받았을 것이고, 아마도 저주가 내려졌을 것이다. 이 저주는 아마도 교회에서 사용되던 언어로 행해졌으며, 그 내용은 범죄자들이 더 이상 범법행위를 하지 못한다는 것, 그리고 적당한 곳을 골라 그곳에 보낸다고 하는 것이었을 것이다. 이와 유사한 사건이 1545년 프랑스의 생 쥴리아(St. Julia) 지방에서 발생했는데, 이는 바구미벌레가 포도수확을 망쳐버린 사건이었다. 이 바구미벌레도 교회법원에서 '적법절차'를 거쳐 저주가 내려졌으며 마을 교외에 있는 땅에 소개(疏開)되었다.

이와 유사한 재판들이 중세시대에 많이 행해졌다. 864년 보름스 공회(the Council of Worms)는 사람을 쏘아 죽게 만든 벌들에게 벌통에 넣어 태워서 연기에 질식시켜 죽이라는 판결을 내렸다. 또 886년 로마에서는 메뚜기떼에 대하여 적법절차를 거친 후 저주를 내렸다. 9세기에는 오르벵(Aux-les-Bains)에서 뱀에 대하여, 그리고 1120년 라옹(Laon)에서는 들쥐와 나방의 유충에 대하여 저주가 내려졌다. 또 1121년에는 라옹 근처 화이니(Foigny)에서 파리들에게, 메이양스(Mayence)에서는 말파리에 대하여 저주가 내려졌다. 1225년 로잔(Lausanne)에서는 수영을 하고 있는 사람을 문 뱀장어에게, 14세기에는 메이양스에서 스페인 파리에 대하여, 1451년 베른(Berne)에서는 쥐와 거머리에 대하여, 그리고 특히 1866년에는 슬로바니아(Slovania)의 포쩨가(Pozega)에서는 큰 메뚜기떼로 인하여 저주가 내려진 과수원 전체에 사는 바구미, 두더쥐, 나방의 유충, 지렁이, 풍뎅이, 달팽이, 메뚜기, 쇠등에 등등에 대하여도 저주가 내려진 기록이 있다. 아이들이 과수원의 열매를 따먹고 죽게 되는 것을 막기 위해서 말이다.

교회가 이러한 해충들을 효과적으로 박멸했음에는 의문의 여지가 없다. 그러나 이와 동시에 곤충들은 전부 멸절되는 것이 아니라 생존할 수 있는 특별한 장소가 부여되기 때문에 적절한 생존수단을 가질 권리가 있다고도 비쳐졌다. 그러나 개신교가 세력을 얻게 됨에 따라 나중에는 이러한 '방해꾼'들을 지정하여 저주내림으로써 이들을 근절시키게 되었다. 이러한 일이 1559년 독일의 드레스덴(Dresden)에서 발생했다. 교회는 "참새들이 설교 도중 시끄럽게 하고 성가시게 군다고 하

여 참새들을 파문에 처했다." 서구 문명사회에서 아마도 가장 오래되고 핵심적인 형벌이었던 파문은 교회형벌의 중심이 되었으나, 비록 성경에 나와 있어 잘 알려진 것이기는 하지만 그것이 순수하게 유대-기독교적인 것이라고 확신할 수는 없을 것이다.[24] 저주나 파문은 그리스-로마의 도덕생활에서도 찾아볼 수 있기 때문이다. 특히 고대 그리스에서는 무기나 무생물에 대하여 저주가 내려지기도 했다.

동물에 대하여 교회가 처벌을 내린 또다른 이유는 악마에 대한 믿음이 있었기 때문이다. 중세사회는 특히 지옥의 형상과 상징으로 가득찼던 시기이다. 중세에는 악마가 지옥 앞에서 지옥의 불에 떨어질 생명을 기다리고 있다고 믿어졌다. 물론 이것은 심판의 날이 닥쳐야만 발생한다고 생각했지만 말이다. 그런데 사람이나 동물은 죽은 다음 지옥으로 갈 것이 정해지면 심판의 날까지 오랜 시간을 기다려야만 했다. 따라서 악마는 그 때가 다가올 때까지 동물이나 곤충의 몸에 들어가 그 때를 기다렸다고 믿어졌다. 이 때에 유아세례를 중시했던 것도 바로 이러한 어린 시기에 악마가 몸안에 들어오는 것을 방지하기 위해서였다. 따라서 사람들이 곤충이나 해충의 습격을 받았을 때 왜 교회의 신성한 힘을 빌어 저주나 파문을 요청했는지가 자명해진다. 즉 교회는 악마에 대처할 수 있는 유일한 권위체였던 것이다. 악마추방의식은 특히 곤충에 대한 형벌과 밀접하게 관련되어 자주 사용된 중요한 방법이었다. 실제로 1559년 요아힘스텔(Joachimstel)에서 파리를 삼켜버린 소녀가 이상한 목소리를 내는 일이 발생했다. 물론 그 소녀는 악마의 영혼이 깃든 파리를 삼켰다고 사람들은 생각했다. 괴테의 ≪파우스트 *Faust*≫에서 메피스토텔레스(Mephistoteles)는 파우스트에게 자신을 다음과 같이 소개했다. 즉,

쥐, 파리, 개구리, 빈대와 이의 신

당시의 사람들은 자신들이 죄를 지었기 때문에 역병이 들이닥친다고 믿었던 것도 놀라운 일이 아니다. 이제 대하여는 이미 제2장에서 원시종교를 살펴볼 때 언급한 바 있다. 이제 또다시 교회는 이 문제를 해

---

24) Von Hentig, *Punishment*, pp.112-116.

결하는 논리적 기구였다.

두번째로 처벌을 받게 된 동물은 바로 집에서 기른 가축들이었는데, 이들은 세속법정에서 재판을 받았다. 일찍이 플라톤은 "소나 말 같은 짐승이 사람을 죽이면 … 죽은 자의 친족은 그 짐승을 고소할 수 있다 - 그리고 그 관리자는 국외로 추방된다."고 말하여 살인을 한 가축은 처벌되어야 한다고 주장했다. 또 사람의 생명을 앗아간 무생물도 같은 형벌이 적용되어야 한다고 플라톤은 말했다.[25] 여기서 복수와 비슷한 감정을 엿볼 수 있다. 즉 죽음에 대한 이유와 상관없이 죽음을 위로해야 한다는 것이다.

일반적으로 고소를 당하는 동물에는 두 가지 종류가 있었다. 하나는 살인과 연루된 동물이고, 다른 하나는 獸姦과 연루된 동물이다. 이 양자와 관련된 범죄는 모두 처형되었다. 프랑스에서는 12세기부터 18세기까지 그러한 범죄가 모두 93건이 있었다고 기록되어 있다. 실제로는 더 많이 발생했었을 것이나 기록되지 않았을 것이다.[26] 가장 유명한 사건은 1386년 팔레즈(Falaise) 법원의 사건으로서 암퇘지 한 마리가 어린아이의 얼굴과 팔을 물어 죽게 한 사건이다. 법원은 그 암퇘지의 머리와 앞발을 잘라 걸어두라고 판결을 내렸다. 사람들이 많이 모인 광장에서 집행된 처형식 때 그 암퇘지에게 사람의 옷을 입혔으며, 형집행관은 새 장갑을 끼게 했다.[27] 돼지는 당시 가장 빈번하게 등장한 범법자였으며, 그들이 저지른 범죄는 주로 아이들을 죽이거나 상하게 한 것이었다. 사실 이러한 경우가 살해사건의 대부분이었다. 그런데 앞 章에서 기술한 바와 같이 중세시대에 영아살해가 상당히 많았다는 것에 비추어 볼 때 이러한 사실은 조금 의아해진다.[28] 살인을 한 돼지들은 목이 졸려 죽고 사지가 잘려지며 화형을 당했고, 심지어는 형틀에 매어져 목이 잘려지기도 했다. 스위스에서 이러한 사례가 처음 발생한 것은 13세기였고, 마지막으로 발생한 것은 1906년이었다. 그러

25) Evans, *Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, p.173.
26) *Ibid.* 에반스(Evans)는 자료를 수집한 방법에 대하여 언급하고 있지는 않지만, 그가 수집한 것이 사라진 것은 아니다. 그는 한두 곳의 지방에서 기록을 찾아 수집하였고, 나머지 자료들은 다른 부차자료에서 모았다.
27) *Ibid.*, p.140.
28) Demause, "The Evolution of Childhood", pp.503-75.

나 이러한 사례는 그동안 상당히 많이 변했다. 10세기 중반에는 범죄를 범한 동물의 소유자는 벌금을 지불했는데, 이에 불복할 경우에는 그 짐승을 죽이지 말아달라고 항소할 수도 있었다. 이러한 사례는 1379년에 발생했는데, 이 경우는 한 무리의 돼지 가운데 세 마리가 농장주인의 아들을 죽게 한 것이었다. 나머지 돼지들도 공범으로 유죄판결을 받았지만, 돼지의 소유자는 나머지 돼지들마저 죽게 된다면 자신은 망해버린다고 호소하여 법원이 사면해 주었다.

그러나 1906년에 발생한 마지막 사건은 매우 흥미로운 것으로 전의 사건과는 아주 딴 판이었다. 쉐러(Scherer)라는 사람과 그 아들이 사나운 개를 이끌고 사람을 공격하여 강도살해하였다. 그 두 사람은 무기징역형을 선고받았고, 개는 사형에 처해졌다.

獸姦과 관련된 사례에서는 이에 관련된 사람과 동물이 모두 화형에 처해졌다. 이러한 유형의 사건은 수가 적었는데, 그것도 대부분은 15세기 이후에 발생한 것이다.[29] 가장 유명한 사건은 뉴 헤이븐(New Haven)에서 발생한 것으로 코튼 마더(Cotton Mather)에 의하여 전해지고 있다. 20년 동안 교회의 견고한 대들보였던 한 도공이 수간으로 처형되었다. "이 괴물은 50년 이상 짐승과 성교를 하면서 살았다. 이제 교수대에는 그의 눈 앞에 한 마리의 암소와 두 마리의 어린 암소, 세 마리의 양과 두 마리의 암돼지가 죽어 널부러져 있다. 이 동물들은 모두 그와 성행위를 한 짐승들이다."[30]

왜 동물이 형벌을 받았을까? 혹자는 이것이 동물을 인격화한 결과라고 주장한다 - 즉 동물도 인간의 속성을 가지고 있다고 본 것이다. 그러나 이것은 정확하지 않다. 중세에는 동물도 인간의 속성을 가지고 있다는 말이 있었다는 것은 사실이다. 예를 들어 중세의 서사시 ≪여

29) Evans, *Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*. 기독교에서 이렇게 수간을 한 사람과 동물을 화형에 처하는 것은 성격의 출애굽기 22장 19절에서 유래한다. 에반즈가 언급하였듯이, "기독교의 입법자들은 수간에 대하여 유대법전을 채용하였으며, 수간을 유대인 자신들도 포함하는 것으로 확대시켰다"는 것은 아이러니가 아닐 수 없다. 15세기에 유대인과의 성행위가 과연 수간에 해당하는지에 대한 소송사건이 있었다. 당시 유대인 여자와 결혼하였던 장 알라드(Jean Alard)라고 하는 사람이 수간으로 기소되어 화형에 처해졌다. 이에 대하여 법원은 "… 유대인 여자와의 성교는 개와 성교한 것과 같다"고 하여 이 판결의 정당성을 인정하였다.

30) *Ibid.*, pp.98-102.

우 르나르 *Reynard the Fox*≫에 등장하는 여우는 간교한 인간의 속성을 남김없이 보여주곤 했다. 그 여우는 거짓말을 하고, 남을 속였으며, 훔치거나 죽이는 냉혈적인 모습을 보였다. 그러나 이것은 여우를 인격화한 것이 아니다. 오히려 이것은 인간을 동물화(이런 말을 사용해도 괜찮다면)한 것이다. 어느 누구도 여우가 그런 간교를 부릴 만큼 영리하다고 믿지는 않았다. 그것은 단순히 인간의 어리석음을 우화시킨 이야기일 뿐이다. 게다가 동물이 인간처럼 보여질 리도 없었다. 왜냐하면 동물을 옹호하는 입장에서도 동물이 감정이 있다거나 이성적이지는 않았으므로 범죄에 대한 책임이 있다고까지 주장한 것은 아니었기 때문이다.[31]

그러나 오늘날 이러한 관행에 대한 우리의 태도는 오히려 속물적이라는 것을 알아야 한다. 왜냐하면 수세기 동안 실제로 사건 수가 매우 적었고, 역병이 심각할 정도로 심했으며, 인간은 어쩔 방도를 취하지 못했던 것을 생각하면, 이성적으로만 생각할 수는 없다. 어찌 되었든 1976년에도 유럽과 영국에서는 역사상 극심한 가뭄을 해갈하기 위하여 비를 내려달라는 특별기도가 교회에서 행해졌다.

달리 설명할 수 있는 것이 바로 복수이다. 형법 전체의 구조 속에 흐르고 있는 가장 기본적인 형벌의 요소 가운데 하나는 바로 복수의 요구이며, 이는 실제로 어떤 의무로까지 인식되었다. 어떠한 죽음이든간에 이에 대하여는 어떤 보상이 행해져야 했다. 이러한 관행은 멀리 고대 그리이스에까지 거슬러 올라간다. 놀라운 것은 사람을 죽인 동물을 소유하고 있는 자가 결투의 복수를 받지 않았다는 점이다. 이렇게 완화된 형태의 형벌 관행은 유럽에서는 16세기에야 행해진다. 바로 벌금형이 생겨 그 벌금의 일부를 피해자의 가족에게 주는 제도가 생겼을 때이다. 혹자는 이러한 관행이 영국의 법학자 블랙스톤(Blackstone) 등이 언급한 "디오댄드"(deodands, 몰수의 원형에 해당하는 형벌 - 역자註)[32]에서 유래하는 보험의 원시적인 형태라고 주장할지도 모른다. 디오댄드는 어떤 사고나 손해발생으로 인하여 神에게 몰수된 재산을 의

31) *Ibid.*, pp.187f.
32) Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 17th ed., E. Christian (London: T. Tegg, 1830), Vol.4.

미한다. "만약 어떤 자가 배에서 떨어져 물에 빠져 익사하면, 그 배나 화물은 법적으로 디오댄드가 된다." 영국에서 이 법은 빅토리아 여왕 시대 동안에만 폐지되었다. 이것은 누군가로 하여금 사고의 책임을 지게 만드는 것이었으며, 소유권과 다양한 종류의 보험의 근거가 되었다.

마지막으로 동물학대의 이론이 있다. 동물의 해방을 부르짖는 현대의 저술가들은 중세시대에 동물을 형법적으로 처벌한 것은 일종의 박해의 본보기이자 곧 인간의 동물에 대한 잔혹성을 나타내 주는 것이라고 주장하고 있다.[33] 이것은 말할 나위없이 틀림없는 사실이다. 동물은 인간에게 적용된 것과 똑같은 적법절차가 적용되었기 때문에 다행이었다고 할 수 있다. 당시 동물들은 오늘날 어린애를 물어 죽였을 때의 경우처럼 즉석에서 처형되지는 않았다. 사실 당시의 검사들은 매우 신중했으므로 동물에게도 평등하게 법을 적용하여 동물을 고문대에 올려 놓고 자백을 받기 위하여 고문을 했다.[34] 심지어는 이런 경우도 있었다. 어떤 형집행자가 어린 아기를 죽인 암소를 즉결처형한 사건에서 그 암소를 마을 밖으로 추방한 것이다. 적어도 중세시대에는 동물이 박해받거나 학대받지는 않았다. 단지 동물들도 인간과 마찬가지로 똑같이 잔혹한 형법이 적용되었을 뿐이다.

매우 흥미로운 사실은 오늘날 '동물해방론자'[35](그 으뜸은 싱어 교수[Professor Singer]이다)들이 우리가 동물에 대한 태도를 일종의 인종차별주의 - 싱어 교수는 이를 "種차별주의"라고 부른다[36] - 라고 말하

---

33) G. Carson, *Men, Beasts, and Gods* (New York: Charles Scribner's, 1972).

34) Evans, *Criminal Prosecution and Capital Punishment of Animals*, p.139.

35) P. Singer, *Animal Liberation* (New York : New York Review, 1975); T. Regan and P. Singer, *Animal Rights and Human Obligations* (Eaglewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1976).

36) 분명히 인간의 동물에 대한 태도는 '위험한 동물'에 대하여는 작용을 하는 것 같다. 이제는 더 이상 개별 동물들에 대한 법정절차가 존재하지 않는다. 그러나 아직도 어떤 동물을 죽여도 되는지 아니면 어떤 동물이 '해악을 미치는 것인지'에 대하여는 아직도 심리가 진행되고 있다. 이것은 중세시대와 똑같은 것은 아니지만 그래도 엄연한 재판이다. 싱어는 그의 책 ≪동물해방 *Animal Liberation*≫에서 저능아는 동물과 진배가 없다(어느 경우에는 그보다도 못하다)고 취급하고 있다. 이것은 분명히 인간은 동물과 다른 種이라고 하는 기존의 사실에 위배되는 것이다. 저능아는 지능이 발달하지 않은 인간이지 결코 침팬지가 아니다. 혹시 싱어는 지능이 발달하

는 것이다. 싱어는 동물이 인간과 마찬가지로 대접을 받아야 한다고 주장한다. 혹시 이러한 주장이 우리를 중세시대로 이끌고 가지는 않을런지 모르겠다.[37]

지 못한 침팬지가 그보다 못한 동물, 예컨대, 상어와 같다고 하지는 않을까?

37) 오늘날 우리가 동물에 대해 가하는 잔혹한 행위의 대부분은 엄격히 말하자면 처벌은 아닐 것이다. 왜냐하면 동물에 대하여 잔인한 행위를 하는 것은 그 동물이 어떤 잘못을 했기 때문이 아니라 그저 스포츠나 다른 이유로 가하는 것이기 때문에 그것은 처벌의 역사나 관행과 관련되어 있다. 다른 이유라 함은 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 사람이나 사물은 사회통제제도와 관련된 특정한 지위 때문에 형벌의 책임을 지는 것이기 때문이다. 즉, 어떤 사람 또는 어떤 물건의 존재는 적절한 형벌의 양이나 유형을 결정하는 데 있어서 사물이 행하는 것만큼 중요하기 때문이다. 둘째, 인간이 동물에게 행하는 것, 즉 동물을 취급하는 방법은 특정한 시기에 존재하는 사회의 구성요소에 대한 실마리를 제공해 준다.

로마의 콜로세움에서 동물은 처음으로 잔혹한 스포츠의 대상으로 사용되었고, 그 후에는 다양하게 사용되었다. 영국의 튜더왕조 시대에는 황소, 곰 혹은 말 따위가 싸움의 대상으로 사용되었었다(이 당시의 싸움이란 이들 동물들과 개를 싸움붙인 것을 말한다 - 역자 註). 영국에서 처음으로 황소싸움이 행해진 것은 1209년 링컨셔(Lincolnshire)의 스탬포드(Stamford)였는데 이후 정규적으로 계속되었다. 브레인(Blaine)의 ≪시골놀이 백과사전 *Encyclopaedia of Rural Sports*≫를 보면 당시의 황소싸움에 대한 설명을 읽을 수 있는데, 이를 읽어보면 독자들은 그것이 잔인했는지 아닌지를 판단할 수 있을 것이다. 그 일부를 다음에 인용해 본다.

> 황소를 말뚝에 매어 경기장 안에 넣고 약 7, 8야드 정도의 끈을 느슨하게 하여 싸우기에 충분히 만들어 준다. 이 때 불독 한 마리가 황소 옆에 다가와 황소의 코를 물려고 한다. 황소가 이 일에 능숙하게 훈련을 받았다면 개를 뿔로 받아 내동댕이쳐 죽게 만들 것이다. 그러나 반대로 황소가 처음 당한다면 오히려 개가 코를 물고 늘어져 황소가 지칠 때까지 코를 놓지 않고 있을 것이다. 이를 '황소를 꼼짝 못하게 한다'고 표현한다. 이에 좋은 경기를 하는 황소는 꼼짝 못하게 하기가 어렵다. 방어를 잘하고 코를 땅에 박고 있으면 황소는 개를 뿔로 받을 수 있다. 놀랍게도 황소는 거리가 멀어도 뿔로 받을 수 있다. 한번에 한 마리 이상의 개를 풀어 놓는 것은 결코 공정하지 못했다.

이것은 분명 잔인한 경기였고, 튜더왕조 시대의 사람들이 피보기를 즐겨하는 사람들이었다고 말해도 크게 다르지 않을 것이다. 그러나 오늘날에도 그러한 잔혹한 경기가 아직도 많이 있다는 것을 간과해서는 안된다. 닭싸움이나 투견이 불법임에도 불구하고 미국에서도 많이 행해지고 있다. 동물에 대한 잔혹행위를 금하는 법률은 아동에 대한 체벌을 금하는 법률보다 더 성공을 거두었다. 영국에서 전환점이 되었던 것은 1822년의 마틴법(Martin Law)이었는데, 이 법은 소에 대한 잔혹행위를 금지하는 법이었다. 동물에 대하여 못된 장난을 하는 것도 '야만적인 행위'로 간주되었다. 나중에 이 법은 몇 차례 개정되어 야생동물에게까지 확대되었으며 정신적인 고통을 주는 것에도 적용되었다. 1911년 이들 행위는 하나로 합쳐져 드디어 모든 동물에 대한 잔혹행위가 금지되게 되었다.

형벌과 청교도인

제도화된 종교에 의하여 형벌이 좌우되었다는 것은 단지 규문주의 종교재판에서 그치는 것이 아니고 카톨릭 교회의 기능에만 한정된 것도 아니다. 개신교도 역시 일정한 역할을 했다. '청교도적'이라는 말은 엄격하고 가차없는 형벌을 연상시킨다. 실제로 프로테스탄티즘과 영국 성공회는 많은 잔혹한 형벌에 대하여 일말의 책임이 있다. 그러나 이들 교회가 규문주의 종교재판과 같은 공포를 자행했다고 주저없이 비난할 수는 없을 것이다. 양자를 구분하는 중요한 이유는 두 가지를 들 수 있다. 첫째는 대부분의 프로테스탄트적 형벌이 상당히 지방분권화 되어 있었다는 점이다. 둘째는 적어도 규문주의 종교재판이 확고한 뿌리를 내리지 못하고 있던 영국에서는 교회와 국가가 확연하게 구분되어 있지 않았다. 즉 기소의 의무가 국가와 교회에 모두 속해 있었고, 다음 章에서 보는 바와 같이, 교회의 성직자들은 단지 국가의 꼭두각시에 불과할 뿐이었다.

엘리자베스 1세는 매리 튜더에 대해 관용을 보인 카톨릭 교도들의 머리를 베어버렸다. 1559년 엘리자베스 여왕은 법을 제정하여 일반신도와 미사, 기타 행정을 통일시킬 것을 요구했고, 사제들도 성공회로 개종하도록 했다. 실제로 이것은 엘리자베스 여왕의 통치 이후 사제들이 막대한 권한을 가지고 이를 남용하게 된 계기가 되었다. 사제들은 각종의 형벌을 내릴 수 있게 되었다. 캔터베리의 대주교인 위트기트프(Whitgift, Archbishop of Canterbury)의 치하에서는 "사제들이 모든 범

미국에서도 대부분의 주에서 유사한 법률이 제정되었고, 1910년까지 "동물에 대한 잔혹행위가 처벌되는 규정을 두지 않은 주가 없었다."(R. C. McCrea, *The Human Movement* [New York : Colombia University Press, 1910], p.55). 오늘날에는 지방마다의 사정에 따라 다르기는 하지만 역시 상황은 마찬가지이다. 어떤 곳에서는 특히 닭싸움과 투견이 금지된다. 그러나 동물의 주인은 여전히 자기 소유의 동물을 살릴 수도 죽일 수도 있는 권한이 있었다. 이는 마치 로마시대나 남북전쟁 이전의 노예주인이 노예에 대한 생사권을 가지고 있었던 것과 유사하다. 개를 사고 팔건 남모르게 때리건, 아니면 누가 자기집 뒤뜰에 개를 파묻는 것을 보더라도 아무런 문제가 되지 않을 것이다. 여기서 다시 한 번 싱어 교수의 주장이 현실성이 없음을 드러낸다. 집에서 자식을 어떻게 취급하든 법이 어쩔 수 없는데 하물며 동물에 대한 취급은 어떠하랴? 어떤 자가 아무 거리낌없이 자기 고양이를 목 졸라 죽였다면 싱어 교수는 이에 대하여 사망진단서를 요구할까?

법행위에 대하여 자신들이 고안한 수단과 방법으로 심문하고 선서케 했을 뿐만 아니라 선서를 거부한 자에게 벌금이나 구금형을 내릴 수 있었다."[38]

그러나 캔터베리 대주교가 발부한 명령장이 샤를마뉴 대제가 사제들에게 발부한 공포의 명령장과 유사하기는 하지만 규문주의 종교재판과 같은 제도가 발전된 것은 결코 아니다. 짐작하건대 그 이유는 영국 교회의 행정이 매우 분권화되어 있었으며, 교황으로부터 직접 권한을 인수받은 규문주의 종교재판처럼 중앙집권이 결여되어 있었기 때문일 것이다. 엘리자베스 여왕은 너무 많은 것을 행했기 때문에 국가 전체를 지배하는 예배양식을 통일하는 데에 관심을 기울일 수 없었다. 사실 그녀는 그렇게 하지 않으려고 신중을 기했다. 왜냐하면 그렇게 할 경우 국민들을 분열시키게 되기 때문이었다.[39] 세월이 지난 후 그녀의 판단은 완벽했음이 입증되었다.

그러나 올리버 크롬웰(Oliver Cromwell)이 집권한 대공위시대에는 많은 사람들이 피를 흘려야만 했다. 그는 통치의 대가로 수많은 카톨릭신자와 프로테스탄트신도들의 생명을 앗았으나, 청교도혁명전쟁 동안 죄수들과 부상자들은 목숨을 부지할 수 있었다. 그러나 크롬웰은 구약성경을 하나님이 자신에게 아일랜드 주민을 처단하라고 말했다고 해석하여 수많은 아일랜드 주민들을 살해했다. 그 극에 달했던 것은 1641년 드로게다(Drogheda)에서 남녀노소를 불문하고 무려 3,000명을 죽인 사건이었다. 그는 아일랜드인을 짐승으로 취급하여 인정사정없이 처단해버렸다.[40] 무고한 사람들을 학살한 이 전쟁으로 목숨을 잃은 숫자는 규문주의 종교재판으로 죽음을 당한 사람들의 숫자와 비견될 수 있다. 그런데 우리는 규문주의 종교재판이 6세기나 계속되었고 그 폭정이 체계적이라는 이유 때문에 종교재판을 더 나쁜 것이라고 치부하는 경향이 있다. 이에 비하여 크롬웰은 맹렬한 속도로 예측할 수 없을 만큼 짧은 기간 동안 계속하였는데, 이로 인하여 수없이 많은 아일랜드 구교도들이 죽어 갔다.

38) S. Chandler, *The History of Persecution* (Hall : John Craggs, 1813), p.315.
39) S. T. Bindoff, *Tudor England* (London: Penguin, 1969).
40) T. Gray, *Psalm and Slaughter* (London : Heinemann, 1972), p.161.

물론 혹자는 개신교회를 옹호하기 위한 이러한 잔혹함이 정치의 산물이지 결코 종교의 산물이 아니라고 주장할지도 모른다. 왜냐하면 초기의 프로테스탄트들은 교회의 상하체계나 조직이 없었다고 주장하기 때문이다. 영국에서는 이 양자를 구분하기 어렵다. 왜냐하면 교회와 국가가 엘리자베스 여왕의 1559년 통일령 이후 하나로 합쳐져 버렸기 때문이다. 게다가 크롬웰이 이러한 폭정을 자행하는 동안 그는 자신의 행위에 대하여 정치적 정당성을 부여했을 뿐 종교에 대하여는 정당성을 부여하지 않았다.[41]

그러나 조직은 없었다고는 하여도 의지는 있었다. 루터(Martin Luther)는 이교도에 대하여 화형에 반대하기는 했지만, 채찍형이나 구금, 기타 유배형 등 기타의 형벌은 인정했다.[42] 그는 유대인들에 대하여 유배형을 내리는 것을 옹호했고, 그들의 공회당을 불태워버리는 것에도 찬성했다. 1554년 캘빈(John Calvin)은 더 나아가 이교도들을 사형에 처하는 것에도 찬성했다.[43] 그는 가능한 경우 적을 구금시켰으며, 규문주의 종교재판관들에게 증거를 제출하여 그의 적인 세르베투스(Servetus)를 이교도로 처형시키기까지 했다. 스위스의 베른과 바젤, 그리고 쮜리히 등에서는 당시 이교도들이 사형을 선고받았다. 네델란드에서는 참수형을 받거나 무기징역형을 선고받기도 했다.[44]

미국에서도 청교도들은 종교상의 일탈행위에 대하여 관용을 베풀지 않았다. 살렘(Salem)에서의 유명한 마녀사냥에 관한 이야기는 차치하고서라도 미국의 청교도들은 퀘이커교도(the Quakers)를 적대시했다. 실제로 뉴잉글랜드에 온 퀘이커교도들에 대한 법이 존재하고 있었다. 초범인 경우에는 100파운드의 벌금형과 구금형에 처해졌다. 재범인 경우, 남자는 한쪽 귀를 잘라 징치장으로 보내졌고, 여자는 채찍형에 처해졌다. 세번째 범죄인 경우에는 뜨겁게 달군 쇠꼬챙이로 혀를 관통시켜 징치장으로 보내져 유배당했다.

---

41) Sir C. Firth, *Oliver Cromwell and the Rule of the Puritans in England* (London : Oxford University Press, 1956).
42) Chandler, *The History of Persecution*, pp.287-287.
43) *Ibid.*, p.289.
44) *Ibid.*, pp.300-307.

우리는 종교제도가 다양한 형벌 유형이 발전한 데에 대하여 크나큰 역할을 했다는 것을 보았다. 유럽에서는 형벌을 집행하는 교회조직이 나뉘어져 있었다. 영국에서는 사정이 조금 복잡했는데, 그것은 튜더왕조가 시작될 무렵부터 17세기까지 법과 법의 집행이 밀접하게 연관되어 있었기 때문이다. 영국에서는 교회에 의한 형벌의 집행이 분권화되어 있었기 때문에 이교도나 다른 종교상의 일탈행위자들에 대하여 체계적으로 형벌을 집행하지 못했다. 형벌의 집행이 분권화 되자 여러 가지 '이상한 형벌'들이 등장하기 시작했고, 이것을 기록에서 찾아볼 수 있다. 아마도 이러한 이상한 형벌은 비단 영국에서만 있었던 것이 아니라 유럽 전체에서도 사용되었을지도 모른다. 그러나 많은 기록이 남아 있는 것은 영국뿐이므로 다음에서는 이에 관하여 살펴보기로 하자.

이상한 종교형벌

다음의 형벌들을 형사적인 것으로 분류하지 않고 종교적인 것으로 분류하는 데에는 약간의 반발이 있을지 모르겠으나 이 점은 양해를 바란다. 사실 이 형벌들은 형법에 따른 '범죄'임에 틀림없다. 그러나 나는 이것들이 종교적인 태도와 관행에서 비롯되었다고 생각한다. 우리가 여기서 다룰 형벌은 잔소리방지 재갈(the scold's bridle), 참회, 물고문의자刑(the ducking stool), 그리고 이러한 형벌들이 변형된 것들이다.

물고문의자刑(the ducking stool) 기록상 보고되고 있는 물고문의자의 그림을 보면,[45] 16세기와 17세기에 물고문형벌이 광범위하게 사용되었고, 미국 식민지에서도 18세기까지 사용되었다는 것을 알 수 있다.[46] 물고문의자의 유래와 이것과 유사한 "징벌의자"(the cucking

45) Andrews, *Bygone Punishments*, pp.243-275. 물고문의자는 상당히 많이 사용되어 자주 수선을 받았고 사람들로부터 그 비용을 받아냈다는 기록도 있다. 볼스보로우(Worsborough) 敎區에서는 1703년부터 1737년까지 2, 3년 간격으로 물고문의자의 수선비용을 지불했다고 한다.

46) A. M. Earle, *Curious Punishments of Bygone Days* (Rutland: Charles E. Tuttle,

stool)가 어떻게 구별되는지에 대하여는 의견이 일치하지 않는다. 어떤 연구자는 양자의 어원을 세밀하게 살펴본 뒤 이 두 말은 같은 어원을 가지고 있다고 결론을 내렸다.[47] 사람을 물 속에 빠뜨리지 않고도 징벌의자를 사용했다는 기록이 보인다. 오히려 이 형벌은 단순히 범법자를 의자에 앉혀 마을을 쭉 돌면서 조롱의 대상으로 삼는데 사용했을 것이다. 이 형벌이 적용된 범죄는 대부분 물건의 양을 속이거나 상한 맥주를 파는 것에 적용되었다. 물고문의자는 바로 이러한 '소비범죄'에 사용되었고, 그 의자는 바로 가게의 크기를 나타냈다는 점에서 일종의 반영적인 형벌(reflecting punishment)이었다고 한다.

그러나 이 형벌이 가장 자주 사용되었던 것은 바로 '잔소리'에 대해서였다고 모든 이들은 의견을 같이 하고 있다. "혀는 불이요, 죄악의 세계다." 혀를 잘 간수하는 것에 대하여는 많은 종교적인 저술들이 있는데, 가장 유명한 것이 바로 에드워드 라이너(Edward Ryner)의 ≪혀 간수 규칙 *Rules for the Government of the Tongue, 1656-1658*≫이다. 혀의 죄악은 종종 분노의 죄악에서 비롯된다고 간주되었다. 단테가 여러 가지로 묘사했듯이 분노는 물 속에 가라앉힐 필요가 있었다. 따라서 잔소리라는 분노가 물에 가라앉으면 불같은 혀는 꺼진다. "그들은 여자를 의자에 앉혀 그녀의 꺼질 줄 모르는 열기를 식히기 위하여 형이 선고되자마자 물 속에 처넣었다."[49]

이 형벌이 "물에 의한 試罪法"(trial by water)에서 비롯되었을 수도 있다. 이것은 마녀를 심판하기 위하여 규문주의 종교재판에서 흔히 쓰던 방법이었다. 범죄자들은(대부분은 여자) 몸이 묶여져 물 속에 던져졌다. 그들이 물에 뜨게 되면 무죄로 간주되었다. 그렇지 않은 경우에는 유감스럽게도 유죄로 심판되었다. 이러한 형벌은 주로 여자들에게 적용되었기 때문에 이것이 물고문의자로 변형되었을 가능성이 크다.

범죄는 종교적인 성격과 함께 공공의 성격을 가졌다고 하는 것이 앤드류스(Andrews)와 같은 古文書家들이 기술해 놓은 사례에서 입증된

1792).

47) J. W. Spargo, *Judicial Folklore in England Illustrated by the Cucking Stool* (Durham, N.C. : Duke University Press, 1944), p.104.

48) *Ibid.*, p.248.

49) Andrews, *Bygone Punishments*, p.246.

다. 예를 들면 이런 형벌은 참회의 유형으로 간주되었다. "제인 존슨은 잔소리가 심하므로 물고문의자刑에 처한다. 고로 참회하라.", "잔소리꾼, 말다툼꾼, 이웃을 방해하거나 시끄럽게 하는 자, 이러한 자들은 전지전능하신 하나님에 대하여 대단히 큰 죄를 짓는 것이며, 여왕의 평화를 깨뜨리는 것이다…"(1597)고 하는 것이 바로 엘리자베스 여왕시대의 판결이었다.[50] 이에 비하여 식민지 미국에서는 물고문의자가 비기독교인이나 세속 지방정부에 의하여 집행되었던 것 같다. 사실 초기 미국의 청교도사회에서 물고문의자가 사용되었었다는 증거는 없다. 오히려 버지니아州, 캐롤라이너州, 심지어는 퀘이커교를 믿은 펜실바니아州의 '귀족적인 기풍이 물씬 풍기는' 식민지에서 광범위하게 사용되었다. 매사추세츠州에 있는 법원에서는 잔소리꾼에 대하여 물고문의자刑을 선고했지만 그것이 집행되었는지에 대한 증거는 없다. 그러나 메인州의 여러 도시에서는 징벌의자형이 없었기 때문에 벌금이 선고되었다.[51]

당시 버지니아의 법전에는 다음과 같이 적혀 있다. 즉,

> 말이 많은 여자들이 자신의 가난한 남편이 성가신 소송에 휘말려 큰 손해를 보았다고 떠들고 다니면 그 여자에게는 물고문의자刑을 선고한다.[52]

흔한 잔소리로 물고문의자刑을 선고받은 마지막 사람은 존 아담스(John Quincy Adams)대통령 시절 앤 로얄(Anne Royal)이었다. 매우 화려했던 그녀는 워싱턴市의 "워싱턴 폴 프라이 *Washington Paul Pry*"라는 신문의 편집장이었다. 그녀는 어릴 때 인디안이 유괴하여 15년 동안 인디안의 손에 의하여 키워졌다. 그녀는 자신을 교육시켜 준 로얄이라는 장교와 결혼했다. 그녀는 아무 거리낌없이 로비를 하고 다녀 의회 의원들을 타락시켰기 때문에 포토맥江(the Potomac River)에서 물고문의자刑을 선고받았다. 아마도 이 사건은 국가의 수도에서 입을 함부로 놀리고 다닌 여자에 대하여 물고문의자刑이 내려진 최초의 예가

50) *Ibid*., p.248.
51) Earle, *Curious Punishments*.
52) *Ibid*.

아닌가 생각한다.[53]

결론적으로 흥미로운 것은 물고문의자刑은 말많은 여자에게 가해진 종교적이고 공공의 성질을 띤 형벌이었다는 점이다. 이 형벌의 종교적 성질은 명백하게 눈에 띠기는 하지만, 식민지 미국에서는 그러한 면을 찾아볼 수 없는 것 같다.

잔소리방지 재갈 잔소리하는 사람에 대하여는 범죄의 장소와 그 정도에 따라 다양한 철제재갈을 물렸는데, 이는 대단히 고통스러웠을 것이다. 쇠창살이 박히기도 한 철제재갈은 마치 새장처럼 생겼으며 이는 머리에 덮어씌워 입을 막았다. 범죄자(주로 여자)는 쇠사슬에 묶여져 거리에 이끌려 나와 마을사람들의 조소와 조롱을 받았다. 앤드류스는 다양한 형태의 재갈을 소개하고 있는데, 이는 아마도 당시 상당히 많이 사용되었을 것이다. 그러나 그가 기술하고 있는 것으로부터 미루어 보건대, 여성에 대하여 종교적인 이유 때문에 재갈이 사용되었는지는 명백하지 않다. 아마도 이것은 남자들이 여자들에게 그들의 분수를 지키라는 의미에서 행한 것 같다. 특히 남편들의 지위를 의심하거나 술취한 남편에게 면박을 주는 여자들에게 적용되었던 것 같다. 앤드류스는 콩글레톤(Congleton)에서 행해진 재갈刑에 대하여 설명을 하고 있는데, 이것은 남자들 사이에서 의견의 충돌이 있었다고 하는 것을 분명히 나타내주고 있다. 즉,

> 집에는 … 보통 큰 벽난로 한쪽에 갈고리가 놓여 있었다. 아내가 남편에게 잔소리를 늘어 놓을 때 남편은 읍내에 있는 간수에게 재갈을 가져오라고 사람을 보낸 다음, 그녀에게 재갈을 씌워 갈고리에 연결시켜 두었다. 그래서 그녀가 다시는 그러한 행동을 하지 않을 것을 다짐받아 두었던 것이다. 나는 이런 갈고리를 본 적이 있고 남편이 아내에게 "다시 혀를 놀리면 재갈을 씌워 갈고리에 매둘 것이다"라고 말하는 것을 들었다. 시장이나 치안판사도 종종 이 도구를 사용하곤 했다. …[54]

또 어떤 여자가 목사와 다른 사람들에게 "사람들을 설교하기보다는 집에 가서 애나 보슈"라고 말했을 때, 그녀는 즉각 재갈이 씌워져 시

53) *Ibid.*, p.280.
54) Andrews, *Bygone Punishments*, p.280.

장과 치안판사 앞으로 불려져 간 경우도 있다.[55]

그러나 초기 미국의 경우에는 사정이 조금 달랐던 것 같다. 여자는 물론 남자들에게도 재갈이 많이 사용되었던 것이다. 당시에는 감시체제가 상당히 발달되었던 것 같다. 살렘에 살던 한 시민은 당시의 사정을 이렇게 비꼬면서 말하고 있다. "내가 아침에 침대에서 거짓말을 하면 나는 오후에 벌써 치안판사 앞에서 심문을 당하게 될 것이다." 그러나 그것은 사실이었고, 그는 비꼬는 말을 했다고 하여 벌금을 선고받고, 게다가 혀에는 V자로 된 재갈이 물려졌다.[56] 1639년의 기록을 보면 이러한 형벌이 술주정꾼들에게 많이 적용되었던 것 같고, 또 험담이나 욕을 한 사람에게도 적용되었다고 한다. 1671년 사라 모간(Sarah Morgan)은 '경찰에게 신고한' 자기 남편을 때렸다. 그녀는 입에 재갈이 물려져 마을 공회장소에 세워졌으며, 그녀의 죄를 써서 머리에 붙여 놓았다.

잔소리에 대하여 내려진 이러한 형벌은 영국에서보다는 미국에서 먼저 사라진 것 같으나, V자로 된 혀재갈은 18세기에까지도 떠들거나 욕을 한 학생들에게 사용되었다. 나무로 만들어진 이 재갈은 흔히 "속삭이는 막대기"라고 불려지게 되었다.[57]

참 회 록스비(Roxby)라고 하는 教區記錄簿 입구에는 다음과 같은 문구가 적혀 있다. "메모 - 마이클 커비와 과부 딕슨은 2명의 사생아가 있는데 하나는 1725에, 다른 하나는 1727년에 우리 교회에서 참회를 했다." 물론 참회는 기원을 따져 보자면 종교에서 비롯되었다. 가장 극단적인 경우가 바로 우리가 앞에서 살펴본 바와 같이 대중들 앞에서 스스로를 채찍질 하는 것이다. 참회가 갖고 있는 핵심적인 내용은 사람은 스스로 겸손해야 하고 가벼운 신체수행을 행해야 한다는 것이다. 가벼운 신체수행에는 맨발로 걷거나, 흰 천을 뒤집어쓰거나, 자신의 죄를 고백하고 용서를 구하는 것 등이 있었다. 우리에게는 유명한 참회사건도 알려져 있지만 - 예컨대, 에드워드 4세의 情婦인 제

55) *Ibid.*, p.281.
56) Earle, *Curious Punishments*, p.102.
57) *Ibid.*

인 쇼우(Jane Shore)와 베켓트(Beckett)를 죽인 죄로 캔터베리에서 참회를 한 헨리 2세의 경우.[58] 대부분의 참회는 간통이나 도박 또는 안식일에 술을 먹거나 '부정행위'를 범한 일반인들에게 명해졌다. 17세기와 18세기 초에 이러한 형벌이 많이 사용되었다는 기록이 교회의 교구기록부에 전해져 내려오고 있으며, 이것은 특히 형벌의 비용에 대하여 설명해 주고 있는 바가 많다. 어떤 교회에서는 특별참회의자가 만들어졌는데, 그 위에 범법자가 앉거나 서서 사람들 앞에서 자기의 죄를 뉘우쳤다.[59]

공개참회가 특히 식민지 미국에서 많이 행해졌다. 버지니아의 토마스 데일 卿(Sir Thomas Dale)은 다음과 같은 당시의 법률조문 하나를 전해주고 있다.

> 어느 누구도 목사 앞에서 함부로 자신의 품위를 떨어뜨리는 행동을 할 수 없었고 그들을 존중과 존경으로 대해야 했다. 그렇지 않은 경우 범죄자는 세 번 채찍질을 당하고 안식일에 사람들 앞에서 공개참회를 해야 했다.[60]

범법자들은 흰 천을 뒤집어쓰고 막대기를 손에 쥔 채 교회에 서 있어야 했다. 그러한 예는 뉴잉글랜드에서도 찾아볼 수 있다.[61] 초기 미

58) 다음의 시는 리차드 3세의 교회법원이 제인 쇼우가 마녀행위를 하였다고 하여 참회를 명령받은 그녀의 고통을 잘 나타내 주고 있다.

그녀의 얼굴은 굴욕적이었으며 슬프고 외로워 보인다
그녀 손에는 가는 초가 들려져 있고
그리고 그녀의 어깨 위에는
아무렇게나 늘어진 머리타래가 걸려 있구나
그녀의 뺨은 핏기가 가셨으며
고통으로 아무 힘도 없는 듯하다
자갈길을 맨발로 걸을 때
길 위에는 피가 뚝뚝 떨어진다
그러나 침묵 속을 걸으면서도
그녀는 아무런 불평도 하지 않고
그녀의 빛나는 눈빛은 땅위에 떨어졌으나
슬픔을 이길 수 없는 듯
하늘을 쳐다보고
불같은 열정으로
자비로운 그 남자가
자신을 부인하지 않기를 바라며 (Andrews, *Bygone Punishments*).

59) Andrews, *Bygone Punishments*, pp.239-242.
60) Earle, *Curious Punishments*, p.109.
61) *Ibid.*, pp.109-116.

국시절에 스월(Sewall) 판사는 자신의 명령으로 참회를 행한 가장 유명한 사람일 것이다. 그는 살렘에서 마녀재판을 받은 범죄자를 재판했는데, 오랜 뒤에 그는 자신이 잘못을 행했다고 고백했다. "백발의 노판사는 머리를 숙이고 아픈 마음으로 듣고 있는 신도들 앞에 서 있는 동안" 그의 죄가 보스톤 교회에서 안식일날 크게 낭독되었다.[62]

혹자는 제도로서의 종교형벌이 매우 엄격하고 때로는 매우 잔혹한 형태를 띠고 있었다고 생각할 수 있을 것이다. 중세시대 유럽에서는 이러한 형벌이 종교상의 일탈자와 형사범죄자 모두에게 적용되었다. 왜냐하면 오늘날 우리가 형법상의 '범죄'라고 할 수 있는 행위가 그 당시에는 교회에서 취급되었었기 때문이다. 유럽대륙에서는 종교형벌이 규문주의 종교재판에서 다루어졌고, 이에 반하여 영국에서는 종교가 박해나 형벌과도 밀접한 관련이 있기는 했지만 정치에 종속되어 있었기 때문에 그다지 폭력을 자행하지는 못했다. 중세 이후 영국 역사상 폭군은 종교에서 나온 것이 아니라 정치에서 나왔다. 먼저는 왕조에 의해서, 그리고 나중에서 의회에 의해서 말이다. 당연히 형벌이 발전하는 데에는 경제적인 기반이 중요한 역할을 했다. 이제 정치, 경제 그리고 종교적인 모든 측면에서 영국의 형벌이 발전하게 된 데 대하여 눈을 돌려보기로 하자.

---

62) *Ibid.*, pp.117-118.

제6장 범죄자 처벌

제6장 범죄자 처벌

지금까지 필자는 형벌의 신성한 기원이나 가정과 학교 또는 종교분야에서 복종에 이바지하는 다소 협의의 형벌사용의 관점에서 死刑과 기타 잔혹한 형벌을 고찰하는 데에 주력하였다. 이제 형벌과 사회의 경제적·사회적 구조와의 관계를 분석함으로써 형벌의 사용을 좀더 광범위하게 넓혀 정치적인 맥락에서 사용된 것에 대하여 살펴보도록 한다. 이를 위하여 우선 중세 이전의 상황에 대하여 간략하게 언급하면서 특히 영국 역사상 등장하는 형벌의 발전에 초점을 맞춰 보기로 한다.[1]

중세시대 이전의 형벌

지금까지 내가 고대의 대부분의 형벌이 잔혹한 신체적 손상을 미친 것이었다는 인상을 주었다면 다소나마 용서를 빌어야겠다. 오늘날 우리가 벌금이나 손해배상과 같이 완화되었다고 생각할 수 있는 다른 형벌과 비교해 볼 때, 가혹한 신체형이 고대에 사용된 가장 흔한 형벌이었던 것은 아니다. 예컨대, 그리스의 경우 사형은 많은 범죄에 대한 형벌로 규정되어 있었지만 실제로 많이 사용되지는 않았다. 아테네의 경우 가장 흔하게 사용되던 형벌은 유배형이었는데, 이것은 6,000표 이상을 받은 범죄자에게 해당하는 것이었고, 만약 범죄자가 유배형을 거부하는 경우에 비로소 死刑이 집행되었던 것이다. 소크라테스도 만약 그가 원했다면 망명을 할 수 있었을 것이라는 사실은 우리에게 잘 알려져 있다. 이러한 관행은 로마인들도 상당히 많이 행하고 있었다.

---

1) 영국 역사에 한정하는 이유는 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 영국 형법과 형벌의 역사는 미국의 그것과 매우 유사한 관련성을 갖는다. 둘째, 유럽 형벌의 사회경제적 역사는 이미 G. Rusche and O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (New York: Russell and Russell, 1968)에 잘 나타나 있다.

로마인들도 사형이 선고된 범죄자에 대하여 망명할 것을 권했던 것이다. 일반적으로 고대 그리스에서는 '현행범'(flagrante delicto)인 경우에만 처형되었고, 이것은 형을 집행하기 위하여 선임된 특별집행관에 의하여 현장에서 실시되었다.[2] 고대 로마에서는 死刑이 거의 행해지지 않았다.[3] 그러나 노예에 대하여 사형이 적용되었는지에 대하여는 문헌상 논란이 있기는 하다. 사형이 집행된 유일한 범죄는 현행범으로 붙잡힌 절도범의 경우였는데, 그러한 절도범은 고소인이 원하는 경우 현장에서 처형되었다. 이처럼 외관상 가혹하게 보이는 형벌은 로마의 가정이 로마법에 핵심적인 역할을 한 것과 직접 관련이 있다. 공화정이 한창이었을 기원전 2세기에서 기원전 1세기에는 자유민이 거의 처형되지 않았다. 발레리안 황제(Emperor Valerian)가 기독교인들을 박해한 서기 250년에서 257년 사이가 되어서야 비로소 자유민을 처형하기 시작했고, 그것도 아주 짧은 시기에 불과했다.[4]

또 고대 그리스에서도 아주 특별한 경우에만 살인죄가 처형되었다. 범죄자의 처형은 아주 私的인 일로 치부되었으며, 고소인 또는 고발인이 없는 경우에는 국가가 살인자를 처벌할 수 있도록 명문으로 규정된 법은 없었다.[5] 그러나 독재자가 정권을 잡은 제국 말기에는 점차 사라지기 했지만 로마법 역시 이것을 전제로 하고 있었다.[6]

만약 자유민이 대부분의 경우에 사형을 피할 수 있었고, 가장 가혹한 형벌이 노예에게만 적용되었다면, 고대에 자유민이 실제로 받은 형벌은 무엇이었을까? 그들은 경제적인 제재를 받았던 것이다.

---

2) St. John, *Manners and Customs of Ancient Greece*, Vol.III, p.230.
3) R. M. Geer, *Classical Civilization: Rome* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1962), p.68.
4) *Ibid*.
5) Bonner and Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Vol.II, pp.195f.
6) 그러나 사형이 독재정권의 한 기능이었다고 주장하고 싶지는 않다. 정치적인 '지배자'가 없었던 결투시대에도 사형은 복수의 과정을 통하여 나타났던 것이다.

벌금형의 기원

기원전 4, 5세기까지 그리스의 고틴(Gortyn)[7] 법전은 다양한 범죄에 대하여 벌금을 규정하고 있다. 부자에게는 벌금액이 높았지만, 그것은 손해배상이나 원상회복이라기보다는 징벌적인 형벌을 내포하고 있었고,[8] 이러한 형벌은 주로 여자노예에 대한 폭행, 방화, 가옥파괴 또는 배심원의 의무를 행하지 않은 데 대하여 가해졌다. 유의할 점은 이 법전이 살인에 대하여는 아무런 언급도 하지 않았다는 점이다 - 살인은 결투를 통하여 은밀하게 행해졌다는 증거도 있다.

배심원의 의무를 다하지 못한 데 대한 벌금형은 50드라크마(drachma, 그리스의 은화 - 역자 註)를 한도로 한 약식벌금형이었고, 이는 치안판사가 징수하였다. 물론 벌금형을 선고받은 자는 항소할 수 있었다. 10드라크마 이하의 벌금에 대하여는 치안판사가 독점적인 관할권을 가지고 있었다.[9] 그런데 재미있는 것은 벌금은 범죄자에게서만 징수한 것이 아니라, 만약 원고가 배심원 중 1/5의 투표를 얻지 못하면 원고가 100드라크마를 납부해야 했던 점이다. 따라서 우리는 형사소송이 지극히 私的인 측면을 가지고 있었다는 것을 알 수 있다. 이러한 관행은 고대 그리스 시대에 줄곧 존속했다. 명예훼손이나 강도 또는 폭행과 같은 범죄는 오늘날 흔히 '檢事'라고 불리는 전문대변인을 고용했던 시민들의 소송행위에 따라 행해졌다. 사건은 "공공의무의 문제"로서 개인이 소송을 제기했다. 그러나 검사는 범죄자로부터 징수한 벌금의 일부를 받았다.[10] 이러한 식으로 처리된 기타 범죄는 상거래, 관세, 광산업 등과 관련된 범죄였다. 예컨대, 법에 규정된 것보다 많은 올리브 나무를 베거나 국가재산을 회수하여 불법하게 개인 소유로 하는 것

7) 고틴이란 크레타(Crete)의 고대 도시의 이름이다. 당시의 지방법률 가운데 두 개의 비문이 전해져 내려오는데, 이것은 각각 기원전 4, 5세기의 것이다. 이 법률은 채무, 승계, 결혼, 노예에 관한 법, 그리고 잘 알려진 12표법 등 모두 20개의 조문으로 구성되어 있다.

8) Bonner and Smith, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, Vol.I, p.78.

9) *Ibid.*, Vol.I, p.282.

10) 벌금의 1/3이 범죄자로부터 징수되거나 몰수재산의 1/2이 징수되었다 (*Ibid.*, Vol.I, pp.40-41).

등이 이에 해당한다. 본래 검사는 公的 의무에서 소송을 진행했다. 그러나 점차 금전획득이 주된 요소가 되어 검사들은 '아첨꾼'이라는 별명이 붙게 되었으며, 아테네 시민들의 비웃음을 사기도 했다.

로마인들도 원칙적으로 소송을 私的으로 처리했다. 잘 발달된 형법은 없었지만 다양한 범죄에 대하여 다양한 형벌이 있었다. 그 대부분은 개인적인 손해배상을 통하여 행해졌다. 국가나 정부가 관여한 것은 오직 법원이 피고에 대하여 원고에게 손해배상을 지급하라는 명령을 피고가 거부했을 때였다. 고정된 벌금(taxation)은 이러한 식으로 징수되었지만,[11] 대부분은 범죄자의 재산을 몰수하여 범죄의 경중에 비례하여 원고에게 지불하였다. 이러한 재판과정은 예컨대, 반역죄, 살인죄, 절도죄, 강도죄, 노예와의 간통, 근친상간 등등 사실 대부분의 범죄에 적용되었다. 반역죄나 근친상간과 같은 중죄에 대하여 엄격한 사형이 규정되어 있기는 했지만, 치안판사가 범죄자에게 '자발적인 망명'의 선택권을 주었기 때문에 사형은 거의 행해지지 않았다. 범죄자의 재산몰수는 바로 치안판사와 원고에게 경제적인 이익을 주는 것이었기 때문에 당연히 피고에게는 망명권이 주어졌던 것이다.[12]

중세시대

로마의 몰락 이후 중세시대까지의 기간은 서양 문명의 역사상 암흑기에 속한다. 또 이상한 시대였기도 했다. 예컨대, "고요한 호수 연안

11) Buckland, *Textbook of Roman Law*.
12) 망명권의 일부로서 로마법에 규정된 몰수는 로마시민들에게 적용되었다. 경제적인 제재는 재산을 소유한 시민들에게 적용되었던 것이다. 이에 비하여 노예는 재산이 없었기 때문에 다른 형태의 형벌이 가해졌다. 자유민에게 적용될 수 있었던 형벌은 네 가지 단계가 있었다. 이것을 'Relegatio'라고 부르는데 이것은 피고에게 일정한 생활필수조건을 허락하지 않는 일반적 선고였다.
1. 신분, 생명의 상실 또는 구금이 없는 Relegatio
2. 신분, 생명의 상실은 없지만 구금되는 Relegatio
3. 구금없이 생명이 상실되는 Relegatio
4. 구금, 생명의 상실, 시민권, 몰수가 선고된 Relegatio(J. Goebel, *Felony and Misdemeanor* [Philadephia: University of Pennsylvania Press, 1976]).

에서 피비린내나는 결투가 행해지기도 했고, 聖人들이 유배당하기도 했으며, 왕이 거짓증언을 일삼고, 이름없는 무뢰배들이 숲에 숨어 프랑크族의 소들을 약탈하기도 하였다."[13] 이 시기에 형법이 발전하였던 방법, 형법원칙 그리고 형법의 집행에 대하여는 독일의 학자인 브루너(Brunner), 아미라(Amira), 빌다(Wilda) 등의 피나는 연구에 의해 알려지게 되었다. 이 시대의 해석에 관하여는 많은 논란이 있지만 여기에서는 논의를 단순화시키기 위하여 괴벨(Goebel) 교수의 역작인 ≪重罪와 輕罪 *Felony and Misdemeanor*≫[14]를 참고한다.

중세 초기는 서양 형법의 발전이라는 측면에 있어서 대단히 중요한 시기이다. 왜냐하면 이 시기에 바로 중죄와 경죄에 대한 개념이 어렴풋하게나마 생성되었기 때문이다. 괴벨 교수는 앵글로-색슨의 형사법에서 이러한 분류가 나타난 것은 다소 의외였다고 한다.[15] 17세기 영국에서는 모든 중죄에 대하여 사형이 규정되어 있었고, 폭군과 포악한 귀족들이 계속 나타남에 따라 중죄의 범위를 확대되었다.

로마시대와 중세 사이의(대체로 5-8세기) 사회는 봉건제 가족과 부족으로 구성되어 있었다. 사람들 사이에서는 폭력적인 결투를 해결하고자 하는 노력이 서서히 그러나 강력하게 등장하였고, 대부분의 로마법은 이 시기에 결투 과정에 일련의 절차를 도입하려고 시도했다. 그 절차 가운데 하나가 바로 협상이다. 협상은 소송의 양 당사자가 각자에게 합당한 형벌을 상호 협상하는 것이다. 이에 따라 결투는 재산을 교환하는 것으로 바뀌게 되었다. 법익박탈(outlawry)이라고 불려진 결투의 초기양상 - 범죄자는 추방되어 기피인물(persona non grata)로 지목되었으며 재산은 완전히 파괴된다 - 이 몰수의 효시라고 주장한다. 그러나 엄격하게 말해서 이것은 몰수가 아니다. 왜냐하면 재산은 파괴되었을 뿐 다른 사람에게 양도되지 않았기 때문이다.[16] 이것은 제3장에서 언급한 종교에서 행해진 의식의 일종이었다고 해석할 수 있다.

---

13) *Ibid.*
14) *Ibid.* 또한 G. Ives, *A History of Penal Methods* (Montclair, N.J.: Patterson-Smith, 1970).
15) *Ibid.*, p.xiv.
16) 재산몰수의 과정은 영주와 농노가 계약적으로 맺어진 "봉건법"에 의하여 더 복잡해진다. Goebel, *Felony and Misdemeanor*, pp.244-245에는 봉건법상

이와 동시에 질서를 위한 다른 세력이 등장하기 시작했다. "왕의 평화"(King's Peace)[17]라고 하는 것이 바로 그것이다. 이를 현대적인 용어로 말하자면 사법행정 분야에서 공공부분이 성장했다는 것이다. 범죄는 개인적 불법과 公的 불법이 혼합하게 되었다. 관청은 분쟁 문제에 있어서 한 당사자가 다른 당사자에게 이행할 그의 의무를 확보하기 위하여 몰수로 위협했다. 여기서 로마법을 차용했음이 분명하다. 즉 피고의 재산이 일년 동안 일시 압류되었던 것이다. 만약 피고가 자신의 의무를 이행하지 않으면 그 재산이 몰수된다.[18] 원래 로마법이나 프랑크 왕국의 초기 법률에는 공공기관이 소량의 몰수재산만을 보유하도록 규정되어 있었다.

초기 프랑크왕국 시절, 왕의 명령위반에 대하여는 60실링, 그리고 법원의 명령위반에 대하여는 15실링이었다. 이것은 고정된 금액으로 불법행위에 대한 위협으로 사용되었고, 왕의 특정이익을 위한 것이었다. 이와 동시에 개별당사자는 소송을 수행하는 것과 관련하여 일정금액을 관청에 지불했다. 이러한 '법률들'은 일반인을 보호하고 왕이 재산을 축적하기 위하여 자신의 지위를 이용할 수 있는 한도에서 제한을 가한 것처럼 보여진다. 그러나 전쟁을 수행하는 군사왕정이 증대됨에 따라 왕들은 이 법을 남용하여 '노예'나 다름없는 다수의 농노들을 희생시켜 거대한 재산을 모으기 시작했다.[19]

또한 관청에서 담당하는 역할도 증가하기 시작했다. 범죄에 대하여 형벌을 집행하는 데에는 상당히 오랜 시간이 걸리기는 했지만(이 책의

상당히 복잡한 상속에 대하여 기술하고 있는데, 이에는 확고한 원칙이 없었다고 한다.

17) 괴벨은 "왕의 평화" 또는 "평화"와 그 변화된 형태들은 신랄하게 비판하였다. 이유는 그것이 法制史에 있어서 애매모호한 상태로 남아 있기 때문이었다. 그가 비판하는 내용은 평화를 깨뜨린 범죄가 기록상 남아 있지 않다는 것이다. 여기서 이해해야 할 점은 평화란 깨어질 수 있는 형식적 또는 비형식적 법이 아니라는 점이다. 오히려 괴벨은 일반인들이 끊임없이 발생하는 폭력적인 결투에서 벗어나고 싶어하는 강한 사회적 또는 심리적 생각이 있었다는 것을 지적하고 있다. 이 시기에 힘을 얻었던 것은 "평화정신"이다. 그러나 불행하게도 역사상 나타난 다른 세력 - 종교적 또는 경제적 세력 - 때문에 평화에 대한 갈망은 오래 가지 못하거나 심지어 사라지기조차 하였다.

18) Goebel, *Felony and Misdemeanor*, p.114.

19) Sellin, *Slavery and the Penal System*.

전반부에서 우리는 고대 로마의 형법이 오늘날에는 범죄와 관련된 많은 시민법에 의하여 제대로 빛을 발휘하지 못했다는 것을 보았다), 관청이 범죄의 경제적인 측면을 뒤로 하지는 않았다. 서기 809년 프랑크 왕국은 어떤 자가 사형에 처해지면 그의 모든 재산을 관청에서 몰수할 수 있도록 하는 법률을 제정했다.[20] 샤를마뉴 대제가 집권하던 당시 형사문제를 담당하던 국가기관의 국고는 상당히 증가하였고, 이것으로 폭정을 운영하는 기반을 형성하여 노르만 정복 이후 귀족과 사제들은 자신의 재산을 형성하게 되었다.

이 점에 있어서 중죄(felony)의 개념이 서서히 등장하게 된 것을 고려해야 할 것이다. 영주와 가신 사이의 계약은 봉건제도의 핵심이었고, 많은 의무들을 둘러싸고 선서가 의무적으로 행해졌다. 만약 家臣이 '자신의 행동으로 확실히 보여주거나 전쟁에서 도망하는 등' 자신이 행한 약속을 어기게 되면 영주에 의하여 벌을 받게 되었고 자신의 영토를 상실하게 되었다.[21] 12세기에 이러한 신뢰의 배반을 'felonia'라고 부르게 되었다. 봉건법의 주요한 것은 바로 맹세였는데, 대부분의 노르만法은 이 맹세에 기반을 두고 있으며, 불명예 - 전쟁의 패배나 위약 - 에 관한 개념도 이를 바탕으로 발전했다. 봉건법하에서 형벌은 원칙적으로 재산이나 봉토의 몰수였다. 그러나 관청이 더 많은 권한을 가지게 됨에 따라 범죄자에 대하여 신체와 재산을 통제할 수 있는 법원의 권리(이를 'bannus'라 한다)는 사형도 인정하였다. 정복왕 윌리암(William the Conqueror)이 영국을 정복할 때까지 기본적인 형벌 유형이 만들어져 후일 영국법의 근간이 되었다. 그 대표적인 것으로는 재산과 봉토의 몰수, 사형, 그리고 중죄의 개념이다. 후일 영국왕들은 권력을 집중시켜 범죄를 처벌하고 재판절차를 발전시키게 된다.

---

20) Goebel, *Felony and Misdemeanor*, p.115.
21) *Ibid.*, p.250.

튜더왕조 시대의 형벌

정복왕 윌리암 이후 18세기까지 영국 형벌의 종류와 엄격성 그리고 유형은 세 가지 세력, 즉 더 정확하게 말하면, 제도에 의하여 형성되었다. 이 세력 또는 제도는 바로 국왕, 카톨릭과 프로테스탄트 종교, 그리고 경제구조였다.

헨리 7세와 8세 그리고 엘리자베스 여왕 1세 당시의 강력한 절대왕정은 국가를 지배하기 위하여 독특한 권한을 행사하고, 자신의 이익과 목적을 위하여 법을 운영했다. 의회가 (가장 강력한 왕권이었던) 엘리자베스 1세 치하에서도 조금씩 독자적인 세력을 얻은 것은 사실이지만, 이 시기에 형법은 개인의 목적을 신장시키기 위한 도구로서 사용되지 않았다. 우리는 18세기 이후 영국에서 시행된 보통법(the common law)을 대단히 존중한 문헌들을 읽을 수 있다. 그러나 보통법이 그 이전의 법에 기반을 두고는 있었지만, 보통법이 취한 방향은 각 왕조가 보통법을 통해 얻을 수 있었던 도구로서의 이익에 기반을 두고 있다. '공정한' 법사상은 발생하지 않았다. 법은 단지 국왕의 목적과 관련되어 있었을 뿐이다. 찰스 1세의 참수형 - 법으로서의 왕조 몰락의 신호탄 - 과 의회 민주주의 세력의 규합이 있고 나서야 법은 비로소 중요한 위치를 점할 수 있었고 또 존중될 수 있었다(그러나 다음 章에서 보는 바와 같이 바로 이 시기에 법이 가장 불공평했다).

15세기까지 범죄 발생은 변화가 매우 심했다. 그 까닭은 아마도 왕권의 효율성, 빈곤, 해외전쟁 이후 군인의 귀환 등 다양한 요소 때문에 그랬을 것이다.[22] 이 시기에 평민들의 모습은 영주의 폭정, 폭도들과 도적떼로 인하여 가난 그 자체였다. 대부분의 역사에서 볼 수 있는 바와 같이 이러한 모습은 상당히 낭만적으로 비춰졌고, 어느 부분은 사실이었다고도 할 수 있다.

경제적인 상황은 평민이나 국왕 모두에게 문제가 되었다. 영국에서는 의복에 대한 수요가 특히 강했기 때문에 영국의 봉건적 농업방식하에서는 양을 키우고 그 털을 팔 수밖에 없었다. 헨리 7세는 앤트워프

22) J. Bellamy, *Crime and Public Order in England in the Latter Middle Ages* (London: Routledge & Kegan Paul, 1973).

(Antwerp)에서 발생한 이러한 수요에 따라 자본을 집중시켜 엔클로우저 운동(enclosure, 양을 기르기 위하여 영토를 병합한 것 - 역자 註)을 벌여 평민들에게 더 많은 양을 기르도록 종용하여 수익이 많은 거래로 발전되었다. 그 결과 그는 부유한 왕으로 자신의 치세를 마감했다. 그러나 그러한 일을 할 수 있었던 것은 그가 마지막이었다. 그 이후 등장한 국왕들은 쾌락과 국토방위, 그리고 대외전쟁에 엄청난 돈을 들여 드디어 국고는 바닥을 드러내어 빚에 허덕이게 되었다. 세금은 돈을 거두어들일 수 있는 확실한 수단이었고, 화폐주조 역시 그러했다. 그러나 이러한 해결방법은 문제를 더 복잡하게 만들었고 급기야는 여러 지역에서 국민들의 봉기를 초래하게 되었다. 이 가운데에는 봉토를 유지하기 위하여 농노들로부터 돈을 염출할 수밖에 없었던 귀족들도 포함되어 있다.

그러나 이렇게만 바라본다면 너무 과장된 것이다. 튜더왕조의 초기 시절(1485년) "헨리 7세 당시의 국민의 대부분을 차지했던 농민들은 저물어가는 중세의 황금시대를 맛보았다."[23] 대부분의 농민들은 소작인들이 누리는 지위 이상을 향유했다. 그들은 다음 수세기 동안 위로는 정치적 압력을, 밑으로는 경제적 압력을 받았던 토지소유자들과 대등하게 교섭할 수 있었던 자유민이었다.

게다가 튜더왕조 시기에 영국의 독특한 특성이 생겨나는 것을 볼 수 있다. 즉 평민과 국왕이 밀착하게 되는 현상이다. 튜더왕조의 역사야말로 런던의 역사라고 기술될 부분이 상당히 많다. 왜냐하면 런던시민들은 왕에 대하여 호감을 가지고 있었고, 이는 어느 정도 상호교환적이었기 때문이다. 런던시민들은 왕의 행동을 도덕적으로나 사회적으로 판단하여 위축되는 법이 없었다. 국왕이 인기가 있는 경우 왕은 국민들이 스스로를 판단하는 것에 대하여 중요하고도 기이한 행동기준을 설정했다. 이것이 바로 정치적으로 또는 개인적으로(때로는 양자 모두) 강력한 왕이 전통에 대항할 수 있었고 변화를 유도하게 된 이유이다. 그러나 아무리 강한 자였을지라도 도에 지나치지는 않는 법이다. 예컨대, 헨리 8세는 이혼 문제로 로마 교황청과 결별한 후에도 로마교

23) Bindoff, *Tudor England*, p.38.

회의 의상을 걸치고 있었다. 완전히 결별하는 것은 국론을 분열시킬 뿐 아니라 퇴위를 초래할지도 모르기 때문이었다.

튜더왕조 시대가 무질서하고 대단히 비조직적이었다고 하는 생각은 잘못된 것이다. 그와는 반대로 헨리 7세부터는 지방과 도시에 대하여 그 이전시대와는 비교할 수 없을 정도의 통제가 행해졌다. 헨리 7세는 지방정부를 다스리기 위하여 치안판사나 성직자를 등용했지만, 헨리 8세는 성직자의 특권을 없애고 봉급을 받는 신하(특히 치안관)를 도입하여 前代未聞의 통치를 행하게 된다.

물론 지방에 대한 통제의 증가는 예전 같으면 무시되었을 무질서를 가속시켰을지도 모른다. 실제로 15세기까지의 범죄기록자들(대부분은 수도승)은 '가옥'에 침해를 주는 범죄만을 기록했다. 따라서 이 시기에 발생한 통상 폭력범죄에 관하여는 피해를 직접 당한 사람이 기록해 놓은 것 외에는 알 길이 없다.[24]

일반적으로 봉건시대에 폭력범죄가 상당히 많이 발생했다는 인상을 받게 되는 까닭은 초기 프랑크왕국 시대와 노르만 정복 이후 피의 복수(결투)가 많이 행해졌었기 때문이다. 여기서 차이점은 결투가 좀더 '공식적인' 형태를 갖추게 되었다는 점이다. 왜냐하면 당시의 결투는 무장을 한 세력자들 사이에서 크게 행해졌기 때문이다. 그러한 예로서는 1440년 토마스 꾸르뜨네이(Thomas Courtenay)와 봉빌 卿 윌리암(William, Lord Bonville)[25] 사이에 행해진 결투가 있는데, 그 발단은 꾸르뜨네이가 봉빌 卿과 같은 직위에 임명된 행정착오 때문이었다. 그러한 예는 많이 있다. 그러나 이 결투는 고대의 결투와 비교해 볼 때 오히려 일종의 시민전쟁으로 정의하는 편이 더 좋을 것이다. 이 전쟁이 한창일 때에는 모두가 왕권을 차지하기 위하여 여념이 없었다. 중세시대 가장 중요하고도 가장 큰 전투는 보스워드 전투(the battle of

---

24) 여기서 이 시대의 기록과 통상 공식기록보다 3배 내지 20배까지 차이가 나는 현대의 피해자조사를 비교해 볼 수 있다. 이 시기에 사용된 자료의 예는 다음과 같은 것을 들 수 있다. "1461년 마가렛 파스톤은 東앙글리아(East Anglia) 지역에서 강도나 살인죄가 전혀 발생하지 않았다고 기술하고 있다." (Bellamy, *Crime and Public Order*, p.9). 개인의 일상기록에 의존할 수밖에 없을 것이다.

25) R. L. Storey, *The End of the House of Lancaster* (London : Stein and Day, 1966), pp.87-87.

Bosworth)였다. 30년간 계속된 가운데 헨리 7세가 리차드 3세를 패배시켜 종결된 이 전쟁은 이름하여 장미전쟁(the War of Roses)이라 불린다. 따라서 폭력의 횡행은 의식주 문제로 다른 일에는 신경쓸 틈이 없었던 농민들 때문이 아니라 바로 귀족들간의 전쟁 때문에 생긴 것이었다. 당시에는 추방도 존재하고 있어 여러 전투에서 사용되기도 했다. 추방의 경우에는 관습적으로 '돈으로 해결'하였다. 즉 돈을 내고 사면을 받았던 것이다. 이에 대하여는 다음과 같은 예가 전해진다. 존 피츠발터(John Fitzwalter)라고 하는 '상습범'이 847파운드 2실링 4.5페니를 내고 추방을 사면받았다고 한다.[26]

실제로 15세기 직전까지 매우 복잡한 사면제도가 발달했었다. 왕은 여러 가지 구실로 사면을 내릴 수 있었지만(예컨대, 원한에 의하여 고소 또는 고발된 경우 등[27]) 아마도 사면이 적용되었던 가장 큰 이유는 바로 사면이 왕의 재정을 뒷받침해 주는 역할을 했다는 점이다. 물론 사면이 악명높거나 악질적인 범죄자에게는 허용되지 않았을 것이다. 예전에는 살인이나 반역죄에도 사면이 허용되었으나 1390년 의회의 청원에 따라 반역죄나 강간죄 그리고 고의살인죄에 대하여는 사면이 허용되지 않게 되었다. 사면이 왕의 특별한 全權에 속해 있었다는 것을 기억해야 한다. 예컨대, 1409년부터 1414년까지 스태포드셔에서는 158명의 범죄인 가운데 단지 19명만이 사면을 받았다. 이에 비하여 헨리 6세는 1437년부터 1460년 사이에 12,000명에 달하는 자에게 일반사면을 허가해 주었다.[28] 이러한 차이가 생기는 것은 지방의 배심원들이 매우 높은 비율로 방면해 주었기 때문이며, 불출석율도 상당히 높았었기 때문이라고 한다.

튜더왕조시대에도 전반에 걸쳐 계속해서 산적떼가 설쳤다. 그러나 한 가지 유념해야 할 사실은 마치 오늘날 우리가 全 뉴욕市에서 폭력범죄가 많이 발생한다고 느끼는 것만큼 영국 전체가 모두 폭력에 휩싸였던 것은 아니라는 사실이다. 실제로 19세기의 한 형법학자는 16세기 말에는 어느 시기보다 범죄가 적게 발생했었다고 주장하였다.[29] 그

26) Bellamy, *Crime and Public Order*.
27) *Ibid*., p.192.
28) *Ibid*., p.197.

러나 어찌 되었든 이 시기에 바로 헨리 8세는 절도범과 강도범만 해서 모두 72,000명을 사형에 처했다. 호린쉐드 연대기(Holinshed's Chronicle)의 기록에 나오는 이 숫자는 많은 사람들에 의하여 의심을 받았다.[30] 또 혹자는 농민들이 벌금이나 세금 또는 몰수 등으로 물질적으로는 상당히 곤란을 겪었지만 적어도 튜더왕조시대나 17세기에 목숨만은 부지하고 살았었다고 믿는 경향도 있다. 가장 혹독한 형벌은 왕권에 도전하거나 반대하는 자들에게 집행되었다. 이러한 자들은 곧바로 반역자가 되었으며, 조작된 범죄로 인하여(헨리 8세는 두 명의 아내를 이런 식으로 처단했다) 약식재판에 의해서 처단되었다. 실제로 헨리 8세는 그 전의 왕들보다도 더 많은 반역죄를 만들어냈다. 1547년 헨리 8세가 죽은 다음에야 비로소 서머셋(Somerset)은 억압적인 법을 포함하고 있었던 6개 조항(the Six Article, 政敵을 없애기 위하여 헨리 8세가 제정한 특별법으로 매우 가혹한 법으로 알려져 있다. 이 법은 헨리 8세가 죽은 후 곧 폐지되었다. - 역자 註)을 폐지하기에 이르렀다.

지금까지 나는 종교제도가 형벌에 미친 영향에 대하여는 거의 언급하지 않았다. 그 이유는 다른 유럽과 비교해 볼 때 규문주의 종교재판에 따른 가혹한 형벌이 영국에서는 기반을 다지지 못했기 때문이다. 이에 대하여는 두 가지 이유를 들 수 있다. 하나는 헨리 8세의 이혼사건으로 영국은 로마 교황청과 결별을 선언하였고, 그 후에도 영국에서는 튜더왕조시대 내내 국가와 교회, 교황과 왕 사이에 팽팽한 긴장관계에 있었다는 것이다. 비록 헨리 8세는 카톨릭교회의 전통과 실제로 결별하지는 않았지만(그는 자신의 교회를 설립했다) 엘리자베스 여왕 말기에는 영국교회 - 영국교회는 완전히 독립된 교회로서 왕이 그 수장이 된다 - 가 설립되었다. 이에 따라 이단이나 마녀라는 이유로 화형에 처해지는 사람이 튜더왕조시대에는 거의 없었다.

그러나 단지 매리 튜더(Mary Tudor)의 치세하에서만 규문주의 종교재판이 중요한 역할을 했을 뿐이다. 매리 튜더는 이단자처벌법을 부활

---

29) L. O. Pike, *A History of Crime in England* (London: Smith, Elder, 1873), pp.110-111.

30) *Ibid.*, p.2; Sir L. Radzinowicz, *A History of England Criminal Law* (London : Stevens, 1943), Vol.1, p.139.

하였고, 크롬웰 이후 헨리 8세까지 발전되어 온 종교재판의 한계를 폐지했다. 동 시대의 유럽의 기준에서 볼 때 당시의 종교적 박해는 아무 것도 아니었지만, 영국 역사상으로는 종교박해가 가장 심했던 시대였다. "비록 엘리자베스 여왕 치세 시절 200여명의 카톨릭신자들이 정치적인 반역자로서가 아니라 종교상의 순교자로서 처형당했지만, 매년 평균 8명이 죽었던 것은 매리 여왕 치세하에서 매년 평균 90명이 죽었던 것과는 비교할 수 없을 정도로 적은 숫자이다."[31)]

두번째 이유는 영국에서는 잘 발달된 고문이 사용되지 않았었다는 이유 때문이다. 실제로 고문은 보통법상 금지되었다.[32)] 실제로 템플러 기사단(the Templars, 1118년 성지 예루살렘을 수호하기 위하여 결정된 기사집단으로 1312년에 해산됨 - 역자 註)을 재판하기 위하여 유럽 대륙에서 건너 온 재판관들은 고문기술을 행사할 사람도 구하지 못했거니와 고문 도구도 찾을 수가 없었다고 한다.[33)] 이것은 영국에서 국가와 교회가 팽팽한 긴장관계에 있었다는 것과 관련되어 있다. 유럽의 규문주의 종교재판제도는 재판을 운영하는 데 있어서 특히 사형의 집행과 관련하여 국가와의 협력에 상당한 정도로 의존하고 있었다.

"이상한" 형벌의 등장

우리는 이미 제5장에서 종교제도가 자신만의 고유한 고문과 이상한 형벌을 도입하였다는 것을 살펴보았고, 앞에서는 영국이 튜더왕조시대 전까지 이러한 움직임과는 별도로 형벌을 운영하였다는 것을 보았다. 물론 영국도 앵글로-색슨과 중세시대에서 비롯된 "이상한" 형벌을 독자적으로 개발하였던 것은 사실이다. 이렇게 새로운 형벌이 등장하게 된 것은 당시의 사회적·정치적 조건과 관련되어 있다는 것을 쉽게 짐작할 수 있을 것이다.

나는 중세시대에 영국의 경제가 꽃을 피우기 시작했었다고 말했다.

31) Bindoff, *Tudor England*, p.177.
32) W. G. Calcutt, *The Common Law (London: Heinemann*, 1935), p.171.
33) Lea, *The Inquisition*, p.298; Bellamy, *Crime and Public Order*, pp.139-140.

이것은 봉건제도가 제대로 작용한 탓이다. 중세시대가 저물 무렵 헨리 7세의 등장과 엔클로우저 운동으로 인하여 지방의 형사사법제도가 발전했는데, 이러한 상황은 사회적인 불안정을 종식시킬 수 있었다. 간혹 시민전쟁에서 폭력이 발생하기는 했으나 그것이 봉건제도를 뒤흔들 수 있을 정도는 아니었다. 이후의 튜더왕조 시대에는 왕권과 귀족이 끊임없이 충돌하던 시기였는데, 그 결과는 우리가 잘 알고 있듯이 항상 귀족의 승리로 끝났다. 따라서 왕관을 차지하기 위하여는 강력하고 유능한 정치가가 나타나야 했는데, 튜더왕조시대에 바로 그러한 왕들이 등장하게 된다. 바로 헨리 7세와 헨리 8세 그리고 엘리자베스 1세가 그러한 절대군주였다. 이들 세 왕은 영국을 통일하고 형사사법의 운영을 중앙집권화하면서도 지방의 통제를 강조하는 데 성공했다. 국토의 통일과 司法의 중앙집권화 그리고 지방에 대한 통제 강화가 필요했던 이유는, 왕들이 재물을 얻기 위하여 경제를 통제할 필요가 있었을 뿐만 아니라, 하시라도 기회가 주어진다면 호시탐탐 왕권을 노리고 있던 탐욕스런 영주와 귀족들의 행동을 통제할 필요가 있었기 때문이다. 실제로 이러한 일들이 많이 발생하였는데, 예를 들면 1601년 2월 에섹스 卿(Lord Essex)이 법원과 城을 점령하기 위하여 봉기를 일으킨 적이 있었다.

형벌을 통해 본 튜더왕조시대의 모습은 아마도 귀족과 영주들 또는 왕권을 노리는 자가 봉루에 감금되거나 교수대에서 참수되어 있는 모습일 것이다. 어떤 이들은 공개적으로 처형되기도 했으며, 성벽 밖으로 시체가 버려지기도 했다.

그러면 보통 사람들의 경우는 어떠했을까? 튜더왕조시대까지 가장 많이 사용하던 형벌은 벌금형과 몰수 그리고 돈으로 대속할 수 있는 사면이었다는 사실은 이미 앞에서 보았다. 중세시대에는 신체형이 그다지 많이 사용되지 않았다.[34] 교수형이 많이 행해졌다고 하지만 그것도 살인이나 강도 또는 강간과 같은 중죄의 경우에만 적용되었기 때문에 그다지 자주 사용되지는 않았다. 그러나 형사사법이 너무 지방분권화되었기 때문에 각 도시는 그 나름대로의 전통과 제3장에서 언급한

---

34) Bellamy, *Crime and Public Order*, pp.180-182.

다양한 형태의 사형제도를 각각 적용했다. 이 시대에 반역자에 대하여는 공개교수형과 할복형이 행해졌고, 군중들이 모여 이 광경을 구경했다는 것은 사실이다. 그러나 이러한 광경이 보통 사람들의 일상생활 중 중요한 부분이었다고 생각하는 것은 잘못이다. 교수대와 형틀이 보편적으로 사용된 튜더왕조의 말기가 되어서야 이러한 형벌이 등장하였던 것이다.

따라서 형벌의 형태는 지방마다 달랐고 해당 지역사회의 목적에 부합하도록 행해졌다. 신체형이 작은 도읍에서 많이 사용된 까닭도 이 때문이다.[35] 내가 말하고자 하는 형벌은 마을 사람들이 서로 이름은 모를지라도 얼굴은 알고 지내는 작은 마을에서 행해진 형벌이다. 이러한 곳에서 행해지던 형벌은 상당히 오랫동안 그리고 초기 식민지 미국에서도 광범위한 범죄에 사용되었다.[36] 아마도 그 이유는 당시 미국사회가 작고 잘 짜여진 조직으로 구성된 지역사회였기 때문일 것이다.

차꼬형틀(Stocks) 차꼬형틀은 원래 외부구금자나 '감방'에서 사용된 것으로 오늘날 우리가 알고 있듯이 범죄자를 조롱하기 위하여 사용된 것은 아니었다. 차꼬형틀은 14세기까지만 해도 모든 감옥에 비치되어 있었고, 주로 범죄자가 재판을 기다리는 동안 그를 감금해 두기 위하여 사용되었다.[37] "임금에 걸맞지 않게 게으르거나 일을 하지 않는 질나쁜 하인들을 규제하기 위한"[38] 1351년 노동자법령(the Statute of Laborers in 1351)에는 그러한 자들을 차꼬형틀에 채워 신체를 구금시키도록 규정하고 있다. 이 법령이 차꼬형틀을 형벌로 규정하고 있기는 하지만, 이 형벌의 주된 목적은 도망간 하인들의 신체를 묶어두어 주인이 확인할 수 있도록 전시하는 데에 있었다고 하는 유력한 주장이 있다.[39]

차꼬형틀이 감옥 외부에서 주로 사용되었다는 사실은 엘스메어

35) *Ibid.*, p.183.
36) Earle, *Curious Punishments.*
37) Bellamy, *Crime and Public Order*, p.182.
38) C. Stephenson and F. G. Marcham, *Sources of English Constitutional History* (New York: Harper & Row, 1937), p.225.
39) Bellamy, *Crime and Public Order*, p.182.

(Ellesmere)의 詩 속에도 등장한다. 즉,

> 여기 차꼬형틀에 묶인 재단사가 있구나!
> 나무로 만들어진 감옥은
> 비탄에 젖어 눈물로 범벅이 되어 있지만
> 피로 대속할 수밖에[40]

작은 마을에서 이렇게 구금되어 한낱 실오라기 같은 희망도 없어 보이는 모습은 조롱거리가 되기에 충분했다. 차꼬형틀은 영국의 모든 마을에서 관심을 끌기에 충분했고, 그것은 실제로 마을의 '신분적 상징'이 되었다. 1405년의 법률에 따라 각 마을은 차꼬형틀을 마련해야만 했다. 당시의 역사학자들에 의하면, 차꼬형틀이 없는 마을은 단지 부락에 불과했다고 한다.[41] 그러나 형벌로서 차꼬형틀이 빈번하게 사용되기 시작한 것은 중세시대가 아니라 17,18세기였다는 점에 유의해야 한다. 지금은 튜더왕조시대에 사용된 형벌에 대한 자료가 매우 부족한 실정이다. 형벌에 관련된 古文書에 따르면, 튜더왕조시대에 사용된 차꼬형틀은 '무례한' 행동을 범한 사람들이나 '담장을 무너뜨린 자' 또는 '안식일에 아내와 성관계를 한 자', '2파운드의 푸딩을 훔친 자', 그리고 만취한 자 등 경미한 범죄를 저지른 자에게 적용되었던 것 같다. 영국의 경우 1623년 만취한 행동에 대하여 차꼬형틀을 적용할 것을 공식화하였고, 이것은 19세기초까지 줄곧 사용되었다. 영국에서 차꼬형틀이 사용된 마지막 기록은 1860년 안식일에 도박을 한 경우와 1872년 뉴부르그(Newburg)에 있는 식품시장에서 만취한 경우에 관한 것이다.[42]

식민지 미국에서 사용된 차꼬형틀에 대하여는 좀 특별히 언급해야 할 것 같다. 여기에서는 발꿈치를 묶어두었던 '쇠차꼬'(bilboes)가 먼

40) Andrews, *Bygone Punishments.*
41) *Ibid.*, p.188.
42) '만취행위'는 지방마다 각각 다르게 취급되었다. 예컨대, '만취자 외투'(drunkard's cloak)는 뉴카슬-온-타인(Newcaslte-on-Tyne) 지역에서만 사용되었다고 한다. 이것은 나무통으로 만든 것으로 그 안에 구멍을 뚫어 만취자의 머리와 팔을 끼고 마을을 돌아다니게 한 것이다. 만취자에 대한 다른 형벌로는 목에 무거운 돌을 매달고 만취자(drunkard)의 첫 글자인 'D' 자를 써 넣는 것, 소액의 벌금(5실링 정도), 그리고 찬 물에 넣는 물고문 등이 있었다. 이 형벌들은 17, 18세기에 사용되었다고 기록들은 전한다(Andrews, *Bygone Punishments*, pp.201-208; Earle, *Curious Punishments*).

저 사용되었던 것 같다. 이 도구는 식민지와 영국의 배에서 일탈행위를 한 선원을 감금하기 위하여 사용되었고, 노예에게도 사용되기도 했다. 이 용어는 1588년 스페인人들이 영국의 죄수들을 도망하기 못하도록 채운 족쇄를 일컫는 빌보아(Bilboa)에서 유래했다.[43] 그 도구들은 매우 간단하고도 쓸모가 있는 것이었다. 쇠로 된 족쇄를 다리 밑부분에다 채우고 그 한쪽 끝에다 쇠사슬을 매어 이것을 벽이나 마루에 박아 두었다. 이것은 버지니아州 등 노예를 사용한 주에서 주로 야간에 노예들을 도망가지 못하도록 하기 위해 많이 사용하였다.

그러나 차꼬형틀이 나오자 이것은 곧 족쇄(빌보아)를 능가하게 되었고, 초기 미국의 보스톤 치안판사들은 차꼬형틀을 짜라고 목수에게 명하기도 했다. 목수들은 열심히 일하여 충분히 많은 차꼬형틀을 제작했다. 실제로 차꼬형틀이 사용된 것은 17세기였다고 전해지며, 그것이 적용된 범죄는 주로 경미범죄로서 예를 들자면 비방이나 반란문서에 서명하는 것, 이중혼인, 털실 절취, 인디안 소년의 약취, 게으름피우는 것, 만취행위, 부랑 또는 경찰관에게 대드는 것 등등이었다.[44]

대체로 17, 18세기 동안 만취행위는 차꼬刑을 받게 되는 가장 평범한 범죄였다. 외관상 보기에는 그것이 중범죄로 여겨지지 않았지만 그것이 범죄로 간주되었다는 사실은 중요한 사회적 의미를 가지고 있다. 만취행위는 엄연한 공공범죄였고 특히 구경거리가 되었기 때문에, 차꼬형은 분명히 형벌의 한 종류였다. 술에 취하여 무례한 행동으로 다른 사람들을 곤혹스럽게 하는 것은 이제 사회적 대응을 받아야 하는 대상이 되었던 것이다. 따라서 이 형벌은 집단형벌이자 범죄를 반영하는 형벌이었다.

지금까지는 차꼬형벌이 감옥 외에서 사용된 것으로부터 발전하여 사회의 주목과 조롱거리의 대상으로 된 것에 대하여 살펴보았다. 이제는 눈을 돌려 완전히 구경거리를 제공할 목적으로 시행된 형벌에 대하여 살펴보도록 하자.

칼(pillory) 고대 그리스나 갈리아 지방에서도 만취행위에 대하여

43) Earle, *Curious Punishments.*
44) *Ibid.*

칼(죄인의 목과 양손을 묶어 두던 십자모양의 刑具 – 역자 註) 비슷한 형구가 사용되었다는 기록이 전해 온다.[45] 칼刑은 튜더왕조시대에도 지방도시에서 사용되었지만, 17세기가 되어서야 비로소 그 극치를 이루었다. 차꼬형과는 달리 칼형은 죄인을 처벌하고 조롱거리로 만드는 데 사용하였을 뿐만 아니라 죄인을 죽게 만드는 경우도 많았다. 고문서에 의하면 15, 16세기에도 칼이 널리 사용되었다고는 하지만, 역시 가장 많이 사용된 시기는 17세기 이후임이 분명하다.[46] 특히 17세기에 칼형이 잔혹스럽게 사용되었다는 것을 보면 충격을 받을지도 모른다. 바스트위크(Bastwick), 버튼(Burton), 프린(Prynn)이라고 하는 자들은 영국 성실청(the Star Chamber)을 비방하여 기소되었는데, 이들에게 잔혹한 칼형이 집행되었다. 그런데 사람들은 그들을 범죄자로 취급하여 구경온 것이 아니라 영웅시했던 것이다. 그들에게는 칼형이 선고되었고, 낙인이 찍혀졌으며, 귀가 잘려졌다. 이 형벌의 집행은 1647년에 발생했는데, 그들 가운데 버튼에 가해진 형벌에 대하여 다음과 같은 기록이 전해지고 있다. 즉,

> … 형집행관이 버튼의 한쪽 귀를 잔인하게 도려냈지만 버튼은 미동도 하지 않았다. 다른 한쪽 귀마저 깊이 잘려진 다음 그는 칼형에서 벗어나게 되었다. 그가 땅에 눕자 기다리고 있던 의사가 지혈을 위하여 치료를 했다.[47]

그리고 바스트위크의 한 쪽 귀가 잘려졌을 때 "그의 사랑하는 아내는 그의 얼굴에 입맞춤을 하고, 귀가 잘려지자 깨끗한 손수건을 꺼내 잘려진 귀를 거기에 싸서 가지고 갔다."[48] 이 당시 칼형이 선고된 범죄는 명예훼손, 무게를 속여서 파는 행위, 12펜스 미만의 절도, 사기, 그리고 다양한 종류의 경미범죄였다. 칼형은 다른 중범죄가 있는 경우 그에 대한 부가형으로 추가되어 집행되기도 하였다. 때로는 머리를 넣는 구멍 양쪽에 귀를 못박도록 하는 경우도 있었다. 죄수를 조롱거리

45) P. N. Walker, *Punishment: An Illustrated History* (New York: Arco, 1973), pp.22-23.
46) Andrews, *Bygone Punishments*, pp.143-158; Earle, *Curious Punishments*, pp.29-43.
47) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.210.
48) Earle, *Curious Punishments*, p.47.

로 만들기 위하여 때때로 부가형이 선고되기도 했다. 예를 들어 1543년 로버트 오캄(Robert Ockam)의 경우에는 말의 잔등에 올라서 얼굴을 꼬리로 향하고 머리에는 그의 죄상을 쓴 종이를 붙여, 윈저, 뉴베리, 리딩 등의 도시들을 다니면서 각 도시에서 칼형에 처해지기도 했다.[49] 이러한 과정을 통하여 사람들로부터 조소와 조롱을 당하게 되었다는 것을 쉽게 짐작할 수 있을 것이다.

또 때로는 칼형에 처해진 자가 분노한 구경꾼들에 의해 죽게 되는 경우도 흔히 있었다. 이러한 경우는 대개 중범죄를 저지른 자나 아니면 대가를 바라고 위증을 한 자에게 해당하였다. 이에 해당하는 사건이 바로 강도살인을 범하고 형벌의 일부로서 칼형을 선고받은 에간(Egan)과 사몬(Salmon)의 경우였다. 군중들은 무, 토마토, 돌 등을 이들에게 던졌다. 에간은 돌에 맞아 숨지고, 사몬도 그 뒤를 따랐다. 1732년 존 월러(John Waller)는 런던의 세븐 다이얼즈에서 칼형을 당해 죽었는데, 그도 성난 군중들이 던진 돌에 맞아 죽었던 것이다. 아마도 독자들은 이러한 광경이 마치 제3장에서 본 돌로 쳐서 죽이는 고대의 형벌과 대단히 유사하다는 것을 보고 놀라워 할 것이다.

칼형을 받은 자에 대하여 성난 군중들이 처형하였다는 사실은 1635년 카톨릭 음모사건(Popish Plot, 티투스 오츠[Titus Oates]가 찰스 2세를 암살하고 카톨릭을 부활하고자 했던 사건 – 역자 註)의 주동자였던 오츠(Oates)가 위증죄로 처형된 유명한 사건에서도 잘 나타난다. 오츠는 3일 동안 대중들 앞에 공개되었다. 첫째날에는 그의 목숨이 성난 군중들의 손에 달려 있었지만 다음 날 그를 지지하는 사람들이 그를 보호하고자 하여 시위를 하였다.[51] 이따금 범죄자를 옹호하는 자들이 마차를 끌고 나와 형틀에 매어 있는 범죄자 앞에서 그를 구경꾼들로부터 보호하는 일도 심심치 않게 발생했다.

이와 유사한 경우를 다니엘 데포(Daniel Defoe)의 사례에서 찾아볼 수 있다. 그는 교회를 비판하는 "비국교도와 함께 간 지름길"(The Shortest Way with the Dissenters)이라는 풍자시를 썼기 때문에 칼형에

---

49) Andrews, *Bygone Punishments*, p.10.
50) Scott, *Torture throughout the Ages*, p.235.
51) Andrews, *Bygone Punishments*, p.149.

처해졌는데, 군중들은 국가권력에 저항하기에까지 이르러 그들의 격앙된 감정을 드러냈다. 그는 썩은 달걀 세계를 받은 것이 아니라 꽃의 세례를 받았다. 이 책의 제1장 첫머리에 등장하는 "교수대 찬가"는 당시의 형사사법의 부당성을 날카롭게 꼬집고 있다.

칼형은 식민지 미국에서도 특히 위조나 매점매석 또는 사기와 같은 경제범죄에 대하여 많이 사용되었다. 1671년 토마스 위더스(Thomas Withers)라고 하는 자가 '시의회의 투표에서 간교하게도 자신을 간부로 투표하여 교회를 수호하려고' 한 데 대하여 2시간의 칼형에 처해졌다.[52] 적어도 1803년까지 식민지 미국의 대부분의 도시에서는 칼형이 광범위하게 사용되었다. 여기서 행해진 칼형도 영국에서 행해진 것과 그리 차이가 없다. 즉 귀가 잘려지거나 나무에 못박혀졌고, 조롱과 야유를 보낸 군중들의 행동도 마찬가지였다. 1771년 보스톤에서 발생한 다음의 사건이 그러한 예를 잘 예시해 주고 있다.

> 스테이트 거리(State Street) 윗쪽에 서너명의 죄인들이 머리와 손이 묶인 채 칼에 채워져 한시간 동안 서 있었으며, 그들은 군중들의 멸시를 받았다. 군중들은 썩은 계란을 던지기도 하였고 온갖 종류의 오물을 던지기도 했다.[53]

칼형이나 차꼬형과 관련하여 말할 수 있는 또다른 하나의 형벌은 바로 烙印刑(branding)이 있다. 이러한 관습은 이미 에드워드 6세때로 거슬러 올라갈 수 있으며 그 마지막은 1829년 조지 3세까지이다.[54] 또한 식민지 미국에서도 많이 행해졌다. 그러나 고문서의 기록에 의하면 낙인형이 실질적으로 사용된 것은 17세기였다는 점을 기억해야 한다. 부랑죄나 만취행위와 같은 경미범죄에 낙인형이 사용되기는 하였지만 칼형이나 구금형 등과 함께 사용되기도 하였다. 예컨대, "미친 퀘이커 교도"였던 제임스 네일러(James Nayler)는 신성모독죄(blasphemy)로 혀에 구멍이 뚫리고 이마에 뜨겁게 달구어진 쇠로 B라는 낙인이 찍혔다.[55] 낙인이 찍힌 곳은 대체로 이마와 뺨, 어깨 또는

52) Earle, *Curious Punishments*, p.49.
53) *Ibid.*, p.53.
54) Andrews, *Bygone Punishments*, p.139.
55) *Ibid.*

손등이었다. 성직자들에게는 특혜가 주어져 손등에 낙인이 찍혀졌고, 18세기에는 이것이 보편화되었다. 낙인형이 지워지지 않는 범죄기록을 남김으로써 범죄자에게 오명을 씌운다는 성질을 가지고 있다는 점은 특별히 언급할 필요는 없을 것이다. 실제로 18세기에도 법정에서 범죄자가 전과가 있는가 없는가를 알아보기 위해 손을 들어볼 것을 명하는 것이 관례였다고 한다.[56] 아마도 이러한 관행으로 인하여 현대에도 한 손을 성경 위에 놓고 다른 한 손을 펴서 선서하게 되었을 것이다.

낙인형 역시 식민지 미국의 대부분의 州에서 사용되었다. 이것은 주로 중범죄를 범했지만 성직자의 특혜를 주장할 수 있었던 자에게 흔히 감경된 형벌로 내려졌다. 뉴욕市의 한 하급법원의 기록에 의하면 왼손 엄지손가락에 T라는 낙인을 찍은 다음 교수형을 면제해 주었다고 한다. 매릴랜드에서는 18세기에도 낙인형이 많이 사용되었다. 낙인에 사용된 문자를 보면, S.L.은 선동적 모욕행위(seditious libel), M은 살인(manslaughter), T는 절도(thief), R은 불량배(rogue)를 각각 의미했다. 프란츠 카프카(Franz Kafka)는 그의 소설 ≪유배지 *In the Penal Colony*≫에서 그가 고안한 형벌도구인 "해로우"(the Harrow)에 의해 신체에 선고문을 써야 한다는 원칙을 제시했다. 낙인형의 사용은 18세기 말엽에 그 극치를 이루었다고 보인다.

아마도 독자들은 17세기에 자주 사용된 ≪주홍글씨 *scarlet letter*≫를 잘 알고 있을 것이다. 이것은 범죄의 첫 문자를 옷에 새겨넣은 것인데, 주로 신성모독이나 만취행위에 많이 행해졌고, 특히 미국의 뉴욕과 매사추세츠에서 광범위하게 행해졌다고 한다.

> 1634년 로버트 콜즈(Robert Coles)는 록스베리에서 만취행위(drunkenness)로 기소되어 D라고 하얗게 새겨진 빨간 옷을 입었다. 그는 이 옷을 1년 동안 입고 있어야 했고 외출시에도 항상 입고 있어야 했다. 이를 처음 어길 때에는 10실링, 다시 또 어길 경우에는 5파운드를 물어야 했고, D자가 새겨진 옷을 입고 다녀야 했다.[57]

만약 이것을 지키지 않는 경우에는 채찍형이 가해졌다.

56) *Ibid.*
57) Earle, *Curious Punishments*, p.89.

결론적으로 우리는 칼형과 이와 관련된 낙인형벌에 대하여 중요한 점을 찾아볼 수 있다. 칼형은 서로가 각자의 생활을 뻔히 잘 알고 있는 작은 사회에서 아주 이상적인 형벌이다. 그러나 인구가 늘어나고 사회적 관계가 소원해지며 이와 동시에 국가가 행동에 대한 사회적 통제를 더 하게 되면, 칼형을 받게 되는 죄수는 예전처럼 군중에 의하여 혹독하게 취급된 익명으로서의 관심 대상이 되지 않게 된다. 예전처럼 비행행위에 대하여 군중의 즉각적인 분노를 일으켰던 돌로 쳐서 죽이는 형벌과 비교해 볼 때, 이것은 오히려 '군중 자신보다도 죄인'에게 유익한 조롱과 멸시 또는 일종의 놀이의 성격을 가지고 있다. 칼형과는 달리 소규모 사회에서 행해졌던 낙인형은 대규모사회에서 효과적으로 작용했다. 왜냐하면 낙인형은 일생동안 범죄자에게 남아 있어 쉽게 누가 전과자인지를 알 수 있었기 때문이다. 아마도 이것은 인구의 유입과 이동이 많았던 식민지에서 왜 낙인형이 자주 사용되었는지를 설명해 줄 수 있을 것이다. 이것은 아마도 사회로부터 범죄자를 정화시키는 예방적인 역할을 했을 것이다. 실제로 낙인형은 "바베이도스(Barbados, 서인도제도 동쪽에 있는 섬 - 역자 註)나 다른 먼 곳으로 유배보내는' 형벌과 함께 자주 사용되었다.

채찍형의 재등장 여러 번 언급하였듯이 채찍형은 가장 오래되고도 널리 사용된 신체형의 하나이다. "널리 사용되었다"고 하는 것은 서양문명사에 있어서 보통사람들이 많이 경험하였다는 것을 의미한다. 이미 앞에서 노예와 아동 그리고 군인들에게 채찍형이 많이 사용되었으며, 종교질서 내에서도 많이 사용된 것을 살펴보았다. 채찍형이 널리 사용되었다는 것은 형사적 처벌에서도 중요한 의미를 갖는데, 그것은 대부분 공개적으로 행해졌으며 또 1600년 이후 약 300년 동안 그 극에 달했다는 것을 알 수 있다. 공개채찍형을 구경한 사람들은 아동으로서 또는 노예로서 채찍형을 당할 기회가 많았다. 따라서 채찍형은 본질적으로 보편적인 형벌이었으며 칼형이나 차꼬형과 같이 지역사회에 집중된 것은 아니었다.

튜더왕조시대 이전에도 특히 부랑자들에게 채찍형이 사용되기는 했

지만, 1530년 헨리 8세의 치하하에서야 비로소 채찍형에 관한 법률(the Whipping Act)이 통과되었다. 교황과 결혼문제, 종교문제로 골머리를 앓고 있었던 것 외에도 두 가지 일이 그를 괴롭혔다. 즉 어떻게 군비를 마련할 것이며, 또 왕위계승자들을 어떻게 멀리 떨어뜨려 놓느냐 하는 문제가 바로 그것이었다. 후자의 문제는 6개 조항(the Six Articles)에서 반란죄목을 확대시킴으로써 해결했다. 세입의 문제는 역시 중요했다. 마침내 오늘날의 국가에 있어서와 마찬가지로 한 가지 방법밖에는 없었다. 즉 보통사람들을 일시키는 방법이다. 헨리는 부랑자들을 자신의 왕위를 직접적으로 위협하는 존재로 생각했다. 채찍형에 관한 법률에 따르면 부랑자는 "마차 끝에 옷을 벗긴 채 묶어두고 시장과 같은 사람들이 많이 모인 곳에서 피가 철철 날 때까지 때리도록 되어 있었다."

신체형이 확대된 것은 헨리 8세의 치세 덕분이라는 점에 유의해야 한다. 그 법률이 16세기에 통과되기는 했지만, 古文書에 의하면 채찍형이 시행된 것은 17세기 이후라고 한다.[58] 채찍을 사용하는 데 대한 납부금은 市의 등록부에 있어 중요한 항목이 되었으며, 17세기에는 전보다 더 많이 기입되어 있었다. 튜더왕조시대 이후 채찍형의 사용이 극에 달했다는 또다른 증거로는 1630년 시인인 존 테일러(John Taylor)가 쓴 시에서도 엿볼 수 있다.

> 런던 어디에선가 나는 울고 있다
> 젊은이로 가득 찬 감옥에는
> 60개의 채찍대와 차꼬형틀 그리고 새장 모양의 刑具가 있구나[59]

1597년 엘리자베스 여왕 치세의 말기에 채찍형에 관한 법률이 개정되었다. 더 이상 발가벗기운 채 채찍질을 당하지 않게 되었고, 맞는 부위도 허리에 한정되었다. 채찍대가 마차를 대체하였다. 이에 따라

---

58) 악명높았던 판사 제프리즈(Judge Jeffreys)에 의해 선고된 유명한 사건이 전해진다.
"형집행관이여, 나는 너에게 이 여인에게 특별히 주목할 것을 명하노라. 이 여인을 피가 날 때까지 칠지어다. 오늘은 크리스마스 날이다. 여인이 매를 맞기에는 매우 추운 날이다. 따라서 매질로 그녀의 어깨를 따뜻하게 해 줄지어다." (Scott, *Torture throughout the Ages*, p.40.).

59) Andrews, *Bygone Punishments*, p.209.

칼형과 차꼬형틀, 그리고 채찍대는 유럽 전 지역의 시장에서 흔히 볼 수 있는 것이 되었다. 이러한 변화는 사람들 앞에서 나체로 되는 것을 혐오하고 공정한 법집행을 추구했던 청교도주의의 영향을 반영한 것이라고 할 수 있다. 채찍형은 그 후 200년간 일반적인 형벌이 되었으며, 초기 식민지 미국에서 그 극치를 이루었고 심지어는 20세기까지에도 시행되었다.

우리는 로버트 콜드웰(Robert Caldwell)이 기록해 놓은 자료에 의하여 다행스럽게도 초기 식민지 미국의 델라웨어(Delaware)에서 행해지던 채찍형의 실례를 잘 살펴볼 수 있다.[60] 이 기록에 따르면 초기 식민지 미국에서는 영국에서보다도 신체형을 더 많이 사용했던 것 같다. 따라서 초기 식민지 미국에서는 청교도주의 때문에 형벌이 더 엄했을 것이라고 결론지을 수 있을 것이다.[61] 어느 정도는 이 말이 타당할지도 모른다. 왜냐하면 초기 식민지 미국의 형법전에 비추어볼 때,[62] 단지 11개의 범죄만이 사형을 내릴 수 있는 범죄로 규정되었는데, 이는 수없이 많은 사형범죄가 규정되어 있던 영국과 비교해볼 때 매우 적은 것이다. 그러나 다른 점에서 볼 때 형벌의 범위는 영국과 유사했다고 할 수 있다. 즉 통화위조인 경우에는 칼형과 두 배의 손해배상이 부과되었고, 私通인 경우에는 벌금형이나 신체형이 부과되었다. 또 10실링 이상의 절도의 경우에는 채찍형과 손해를 전보할 수 있는 벌금이 부과되었다. 1677년 델라웨어에서는 프란시스 잭슨(Francis Jackson)이라는 자가 비롭 선장(Captain Billop)을 "창녀의 자식, 개자식"이라고 불렀기 때문에 20대의 채찍과 차꼬형을 받았다. 그와 같은 예는 무수히 많다.

---

60) Robert Caldwell, *Red Hannah : Delaware's Whipping Post* (Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1947).

61) 콜드웰은 어떤 종류의 신체형은 거의 모든 범죄에 적용되었다고 한다(*Ibid.*, p.3). 반즈(Barnes)도 이와 같은 말을 하고 있다(H. E. Barnes, *The Story of Punishment* [Boston : Stratford, 1930]). 이러한 주장은 너무 단순화 시키는 경향이 있다. 벌금형이 부과된 경우도 많았고, 중범죄의 경우도 돈으로 대속할 수 있는 경우도 있었기 때문이다. 또 신체형과 벌금이 병합되어 부과된 경우도 많았다.

62) 여기서 언급한 형법전은 초기의 형법전을 말한다. 앤드로스 주지사(Governor Andros)는 1676년 9월 25일 델라웨어에 있는 정착지에 적용되는 요크公(the Duke of York)의 법률을 선포했다. 이 법률은 햄스테드 롱 아일랜드(Hampsted Long Island)에 적용되어 나중에는 햄스테드 법률이라고 알게지게 되었다(Caldwell, *Red Hannah*, p.4).

우리가 잘 알고 있듯이, 윌리암 펜(William Penn)이 1682년 12월 4일 이른바 "위대한 법"(Great Law)을 도입한 이후 구금형이 많이 사용되었고 신체형이 줄어들게 되어 형법이 훨씬 완화되었던 기간이 잠시 있었다. 그러나 채찍형과 같은 신체형은 중죄의 경우에 여전히 존재하고 있었고, 퀘이커교도의 세력이 약화되자 점차 더 엄한 형벌이 도입되었다.[63] 1719년까지 퀘이커교도의 형벌에는 자유로운 요소가 더 이상 남아 있지 않았고, 단지 감옥만이 있었을 뿐이다. 중한 형벌을 다시 도입한 1719년의 법률에 따라 델라웨어州에서는 사형, 낙인형, 절단형, 그리고 채찍형이 폭증하였다. 1742년까지 5실링 이하의 절도에는 15대의 채찍이 가해졌다. 델라웨어州는 채찍형을 형벌로서 남겨 놓은 마지막 州였던 것이다.

그러나 결국 이 법률들은 사라지게 되었지만 채찍형은 오랫동안 중요하고 잔인한 형벌이 되었으며, 농장에서 노예들에게 행한 非司法的 형벌이었고, 20세기에 들어와서도 가정에서 회초리가 사용되었다는 것을 발견할 수 있다.

壓殺刑(Peine Forte et Dure, Pressing) 유독 영국에서만 찾아볼 수 있는 壓殺刑을 고찰하지 않고서는 이상한 형벌에 대하여 완전히 조사했다고 할 수 없을 것이다. 이 형벌은 유죄인지 무죄인지를 자백하려 하지 않았던 범죄자에게 적용되었다는 의미에서 일종의 '재판상의 형벌'이라고 부를 수 있을 것이다. 이 형벌은 다음과 같이 집행되었다.

> 죄수는 지하의 어두운 방에 구금되었다. 그는 밑에 아무 것도 깔지 않고 누워 있어야 했고, 한쪽 팔은 방의 한 구석에 줄로 매어졌고 다른 팔은 다른 구석에 매어졌다. 다리도 마찬가지로 묶여져 그 위에는 사람이 감당할 수 없을 만큼 무거운 돌을 올려 놓았다. 죄수는 하루에 빵 세 조각만을 먹을 수 있었고, 그나마 물은 옆방에 놓여져 있어 마실 수가 없었다. …[64]

압살형이 어디에서 기원되었는지는 알려져 있지 않다. 아마도 범죄자로부터 자백을 받아내야 했던 규문주의 종교재판에서 행해지던 고문

63) *Ibid.*, p.4-6.
64) Andrews, *Bygone Punishments*, p.87.

에서 유래되지 않았나 생각해 볼 수 있다. 어떤 점에서 양자는 같다고 할 수 있다. 즉 이 양자는 재판을 빨리 끝내고자 하는 목적에서 행해진 형벌(또는 고문)이었다. 규문주의적 방법은 로마법에서 그 기원을 찾아볼 수 있다. 그러나 압살형에 대하여는 그 기원을 로마법에서 찾아볼 수 없으며, 또 규문주의 종교재판관이 이러한 방법을 사용한 것도 아니었다. 따라서 압살형은 아마도 영국에서만 찾아볼 수 있기 때문에 영국의 역사를 들어 설명해 보도록 한다.

아마도 이것은 종교형벌에서 찾아볼 수 있는 試罪法과 유사하다고 할 수 있을 것이다. 중세 초기 영국에서는 "전투재판 또는 결투재판"(trial by battle, trial by duel)이 많이 행해졌다는 기록에 의할 때 시죄법이 영국에서도 행해졌을 것이다. 앞서 중죄를 언급할 때 전투에서 자신의 주인인 영주에게 자신의 무죄를 입증할 수 없었던 불명예가 중죄였다고 한 것을 기억할 수 있을 것이다. 이것이 바로 시죄법이다. 종교형벌에서도 이 시죄법의 예를 많이 찾아볼 수 있지만, 이것은 어디까지나 유무죄의 입증을 비논리적이고 초자연적인 힘으로 해결한 것일 뿐이다. 전투재판, 결투재판 또는 무거운 것을 올려 놓아 자신의 유무죄를 입증하려 했던 것 사이에 차이점은 바로 범죄자의 힘과 인내력에 달려 있었다. 이것은 상당히 위험한 것이었을 것이다. 무거운 것으로 누르는 것이 왜 시련의 한 유형이 되었는지를 설명하려 했을 때는 더 그럴 것이다. 어찌 되었든 규문주의 종교재판에서는 서서히 고통을 주는 고문이 많이 행해졌을 것이다.

그런데 압살형은 재판을 조금 빨리 처리하자는 목적에서 행해졌다. 왜냐하면 그 전에 행해졌던 형벌은 피고인을 냄새나는 감옥에 처넣고 자백할 때까지 굶기는 것이었기 때문이다.

그렇다면 이제 피고인이 이러한 무서운 고문 앞에서 왜 자백하기를 선택하지 않았는지에 대한 실질적인 이유를 짐작할 수 있을 것이다. 압살형이 사용될 당시 중죄로 유죄판결이 난 범죄자는 교수대로 끌려갔을 뿐만 아니라 왕에게 그의 재산이 모두 몰수되었다. 따라서 피고인이 자백하기를 거부하면 그는 유죄로 인정될 수 없었고, 그의 상속자는 고통을 받지 않아도 되었다. 오랜 기간 동안 압살형을 당하고도

끈기있게 참아내어 자백을 하지 않아 방면된 사람의 경우가 많이 전해지고 있다.

결 론

형벌사를 연구하는 유명한 학자들의 견해와는 반대로[65] 17세기 초까지의 형벌은 주로 벌금, 몰수 또는 손해배상 등 경제적인 제재가 대부분이었다.

헨리 8세를 비롯한 절대국왕이 지배했던 튜더왕조시대에 억압적인 법률이 제정되어 시행되기는 했지만 매리 튜더가 지배했던 시대를 제외하고는 가혹한 형벌이 집행되었다고 하는 증거를 찾아볼 수 없다. 중세시대에 사형은 자주 사용되지 않았다. 그러나 특히 반란죄에 대하여 사형을 적용한 튜더왕조시대에도 사형은 사지절단이나 할복형과 함께 사용되었다.

신체형은 아마도 영국에서보다는 초기 식민지 미국에서 많이 사용되었던 것 같다. 그 이유는 (1) 적어도 17세기에는 미국에서 영국에서만큼 많은 사형범죄를 찾아볼 수 없기 때문이다 - 그러나 사정은 18세기에 다소 바뀌어졌다. (2) 이상한 형벌들이 소규모의 도시에서 어떤 기능을 행했기 때문이다. (3) 청교도주의의 영향으로 경미범죄일지라도 이를 중하게 다루었기 때문이다.

이탈리아의 규문주의 종교재판이 영국 형벌에 미친 영향은 미미한 것 같다.

사형과 신체형이 점차 증가하게 된 것은 17세기 초이고 이것은 의회의 힘이 세어지고 왕권이 약화되기 시작한 것과 맞물려 발생한다. 이것이 발생한 것은 튜더왕조 이후인데, 다음 章에서는 이에 관하여 살펴보도록 하자.

65) 예컨대, Barnes, *The Story of Punishment*.

제7장 죽음과 정신착란 : 추한 얼굴을 드러낸 형벌

第7장 죽음과 정신착란 : 추한 얼굴을 드러낸 형벌

이제 우리는 서양형벌사에 있어서 가장 난폭했던 시대에 접어든다. 이 시기는 죽음과 살해의 공포가 서양문명 속에 어두운 그림자를 드리우기 시작한 때이다. 물론 17, 18세기에도 공개처형이 새로운 것은 아니었으나, 이에 대한 대중들의 반응은 예전과는 달랐다. 법원의 법관들은 매우 엄격하게 사형을 선고했다. 이 시대의 위풍당당했던 모습은 무기력한 노상강도들에게 공포를 불러 일으키기에 충분했다. 법관들은 가발을 쓰고 분홍빛 가운을 입고서 높은 자리에 앉아 방청객들에게 깊은 인상을 심어주려는 듯 냉랭한 목소리로 刑을 선고했다.

그러나 이러한 무시무시한 형의 선고는 종종 집행되지 않은 때도 있었다. 그 이유에 대하여는 다음에 살펴볼 것이다. 그렇지만 교수형이 발전되어 나아갈 정도를 유지할 만큼은 행해졌다. 교수대에 대하여는 풍자와 해학 넘친 이야기들이 많았다. 범죄자는 "교수형을 당하면 마치 공중에서 춤을 추듯 떨어졌다"든가, "교수당한 자가 휘파람을 불지 못하면 오줌을 쌀 것이다"라든가 아니면 "그 젊은 소매치기는 타이번(Tyburn, 런던의 사형집행지 - 역자 註)의 꽃이다", 또는 사형집행일은 "교수형 경기가 있는 날" 또는 "교수형 시장이 열리는 날이다"라고 하는 등의 풍자와 해학이 넘쳤다. 오늘날 '축제일'(gala day 또는 gala occasion)을 뜻하는 말은 바로 교수대(gallow)에서 유래했다.[1] 뉴게이트(Newgate, 런던 서쪽에 있던 유명한 감옥 - 역자 註)에서 타이번에 이르는 세 시간의 행렬은 대단한 의식이 되었다. 그랬던 만큼 당국에서는 교수형 그 자체로부터 관심을 다른 곳으로 돌리려 했고 마침내 그 행렬은 폐지되었다. 대신 뉴게이트 감옥 앞에서 행한 공개처형으로 대체되었다(훗날에는 감옥 안에서 행했다).

1) D. Hay et al., *Albion's Fatal Tree : Crime and Society in Eighteenth Century England* (London: Allen Lowe, 1975), p.66을 보면 이와 같은 말들이 자세하게 기술되어 있다.

타이번에 이르는 행렬

고문서학자들의 연구에 따르면, 감옥에 이른 행렬과 타이번의 교수대 주변에 몰려든 '군중'들은 항상 술취하고 성난 사람들이었다고 한다. 즉 "상류층 사람들이 가지고 있었던 잔혹한 호기심은 이제 무례하고 성마르고 잔인한 하층계급 군중의 성난 감정으로 변했다. …"[2]

의식은 법관이 범죄자에게 "죽을 때까지 교수형에 처하라"고 한 선고가 떨어질 때 법정에서 시작되었다. 범죄자가 유명한 사람인 경우에는 뉴게이트 감옥에서 공개처형이 행해졌고, 사람들은 그 광경을 보기 위해 많은 돈을 지불했다. 만약 범죄자가 돈이 많은 경우에는 그가 뉴게이트에 모인 자기 친구들과 하객들을 위하여 형집행 전날 잔치를 베풀기도 했다. 드디어 때가 도래하면 그는 마차에 올려져 자신이 들어갈 관을 옆에 세워 두고 가슴 주위에 교수할 밧줄을 감고서 팔이 묶여져 서 있었다. 뉴게이트 감옥의 문이 열리고, 聖 세펄커(St. Sepulchre) 교회의 은은한 종소리를 들으면서 행렬이 천천히 시작되었던 것이다.[3]

이러한 행렬은 말을 탄 시의 경찰서장과 경찰관, 그리고 일단의 창병들에 의하여 인도되었다. 이들은 어쩌면 있을지도 모르는 일에 대비하기 위해서였다. 즉 무례한 군중이나 범죄자를 구출하고자 하는 군중들을 저지한 것이다(범죄자가 유명한 노상강도일 경우에는 더욱 그러했다). 이러한 행렬과정은 다음과 같이 잘 묘사되고 있다. 즉,

> … 그것은 장엄한 행렬이 아니었다. 오히려 그것과는 정반대였다. 그는 비참하게 살아온 불한당이었지만 런던의 모든 부랑자, 모든 도둑, 창녀 그리고 사악한 마음을 가진 사람들 그리고 개중에는 이러한 잔혹한 광경을 구경하는 군중들을 즐겁게 해 주었다.[4]

범죄자가 보인 태도에 대하여도 많은 것이 전해 내려오고 있다. 대

2) *The Chronicles of Newgate* (1884), Vol.1, p.267; Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.176 참조.
3) 이러한 행렬광경은 18세기 형벌사를 다룬 역사서에 무수히 많이 등장한다. 여기서 묘사한 부분은 J. D. Potter, *The Fatal Gallows Tree* (London : Elek, 1965), pp.36-38 부분에서 인용한 것이다.
4) 이것은 프란시스 플레이스(Francis Place)가 다니엘 데포, 헨리 필딩 등의 처형모습을 보고 묘사한 것이다(Hay et al., *Albion's Fatal Tree*, p.68 참조).

부분 전해오는 얘기들에 의하면 그들이 – 군중들이 열광적으로 인정한 호전적인 도전성을 내비치기보다는 – 후회만을 내비쳤다는 것이다.

마차를 이끌고 다닌 사람은 항상 교구의 목사였다. 그들은 범죄자가 자신의 운명을 맞이하도록 준비시킬 의무가 있었던 것이다. 실제로 교구의 목사는 범죄자들이 고해성사한 내용을 종이에 인쇄하여 이를 교수형이 집행되기 전후에 팔아 상당한 이익을 취하기도 했다. 수백 장의 인쇄지들이 단번에 다 팔리기도 했고, 글을 읽을 줄 아는 사람들은 이를 재빨리 읽어 내려갔다.

그러나 군중들은 범죄자에 대하여 차별적으로 태도를 내비쳤다. 군중들은 조직범죄의 대부였던 조나단 와일드(Jonathan Wilde)를 미워하여 그가 처벌되는 것을 보고 기쁘게 생각하기도 했다. 한편, 화폐위조죄로 기소된 도드 박사(Dr. Dodd)의 경우에는 평소 대단한 존경을 받고 있었기 때문에 군중들은 오히려 분노를 나타내기도 했다. 따라서 모든 과정이 카니발과 비슷했고 모든 교수형이 법의 폭정에 대하여 증오를 나타냈다고 하는 표현은 잘못된 것이다. 사람들이 법을 신뢰했고 그것을 폭정의 하나라고 보지 않았던 것은 사실이며, 이는 다음에 설명해야 할 부분이다. 교수대에서 그리고 교수과정에서 보여준 군중들의 태도는 다른 것으로 더 잘 설명할 수 있을 것이다. 바로 이 점에 대하여 적절하게 설명해 줄 사례가 있다. '뉴게이트의 달력'(Newgate Calendar) – 이는 잔혹했던 법원의 흥미로운 면모를 아주 잘 묘사해 놓은 것이다 – 을 잠시 들여다 보면 각 사건마다의 진실을 잘 알 수 있다. 자기의 여자 도제를 고문하여 죽게 한 엘리자베스 브라우닝(Elizabeth Browning)이라는 잔혹한 살인범의 경우가 있었다. 또 자신의 애인을 죽인 홀링스(Hollings)의 사건도 있었다. 이는 오늘날에도 대중들의 관심을 끌만한 사건들이다. 자신의 아이를 죽게 한 여자들의 사건들도 빈번히 있었다. 또 딕 터핀(Dick Turpin)이라고 하는 자객이자 노상강도의 악명높았던 사례, 불운한 위조범이었던 도드 박사의 사건도 있었다. 이 모든 사건들은 사실 그대로 취급되었다. 어떤 이들은 장엄한 행렬을 이루었고, 다른 이들은 형이 너무 무거워 군중들의 분노를 자아내게 했다. 또 다른 이들은 터핀의 예처럼 무례한 인물과 결

합하여 무례한 행동을 이끌어냈다. 그리고 다음에서 살펴보는 바와 같이 교수대에 모인 군중들이 다른 행동을 보인 사례도 있다. 먼저 행진에 대하여 짚고 넘어가도록 하자.

행진은 플리트江(the Fleet River) 위의 좁은 돌다리를 건너 홀번 언덕(Holborn Hill)의 완만한 경사를 올라 쇼우 골목(Shoe Lane)의 끝에 다다랐다. 사람들은 여관과 술집의 창문을 통해서 바라보고 있다. 죄수는 세인트 가일-인-더-필드(St. Giles-in-the-Field)에 있는 크라운 여관에서 마지막 술 한잔을 마시기 위해 잠시 멈춘다. 이는 이 자리에 있던 나병치료병원에서 자비의 술 한 사발을 마시게 한 옛 관습에서 비롯된 것이다. 그는 친구의 집에 들러 작별의 이별주를 할 수도 있었다. 스태포드 대위(Captain Stafford)는 여관주인에게 자기가 돌아오면 술값을 치르겠노라고 약속했다는 말이 전해지기도 한다. 의심할 바 없이 이들 죄인들은 군중들의 사기를 올렸을 것이다(때로는 사기를 떨어뜨리기도 했을 것이다).

시간은 빨리 흘러가는 법이다. 그 열광의 행진은 지금의 하이드 파크의 벽과 엣지웨어 로드 사이에서 막을 내린다. 거기에는 교수대가 우뚝 서 있다. 한 번에 24명을 효수시킬 수 있는 삼각형의 나무 교수대이다 - 삼각형의 한 변에 8명씩 효수했다. 1649년 6월 29일 윌리암 로웬(William Lowen)은 강도와 침입절도의 죄를 진 23명의 남자와 한 명의 여자를 효수시킨 위업을 달성하기도 했다.

교수대 밑에는 마차가 있었고, 밧줄이 교수대 나무에 묶여져 죄수의 목에 감고 있었다. 사형집행 목사가 잠시 몇 마디를 하고서는 곧 죄인에게도 말할 기회를 준다 - 대부분은 자신의 죄를 자복하고 사람들에게 자신과 같은 전철을 밟지 말라고 하는 내용이다. 죄수가 입은 새로된 좋은 옷에 감탄해 마지 않고서는 (법률상 형집행관은 죄수가 죽은 후 그 옷을 가질 수 있었다) 형집행관은 죄수의 머리에 흰 천을 씌우고 말에게 채찍을 가한다. 18세기 초 런던을 방문했던 어느 시골농부가 쓴 편지를 보면 그 때의 모습을 생생하게 볼 수 있다. 여기 그 전문을 소개한다.

나는 오늘 타이번에서 거행된 사형집행을 보고 모든 사람들이 흥미를 갖고 있을 것에 대해 쓴다. 그 광경은 적어도 내게는 매우 특별한 영향을 미쳤다. 그것은 생각이 있는 사람이라면 피할 수 없는 관심이라기보다는 기대하지 않았던 장면이었다. 그 광경은 같은 사람으로서 고통을 받고 있는 불행한 사람에게 참으로 끔찍하면서도 흥미로웠다.

한달에 한 번씩 런던에서 거행되는 사형집행을 생각해 볼 때 차라리 그 죄수들을 보고 군중들의 압력에서 벗어나야 했을 것이다. 그러나 그것은 이상하고도 믿을 수 없는 것이었다. 나는 말 위에 올라서서 뉴게이트에서 교수대로 향해 나아가는 음울한 기병대와 함께 하고 있었다. 죄수는 모두 다섯 명이었다. 그들 가운데 세 명의 얼굴에는 무관심과 태연함이 나타났기에 나는 적이 실망했다. 다른 두 명의 죄수의 얼굴에는 공포와 두려움이 번져 있었고, 그것은 인생을 마감하는 사람들에게는 그리 놀라운 것도 아니었으며 그들이 저지른 경솔함과 비행으로 인하여 더 악화되기만 했다. 聖 세펄커 교회의 종지기는 사람들에게 주의하라는 말을 건넸으나 죄수들과 군중들의 잡담소리가 심했고, 마차로 기어오르려고 하는 사람들 때문에 죄수들에 대한 호기심도 떠나가버려 온통 소음으로 가득했기 때문에 나는 종지기의 외침도 들을 수 없었다.

홀번으로 이르는 길은 사람들로 가득찼으며 2,30야드마다 통로를 막고 있었다. 오래된 관습대로 죄수들에게는 포도주가 건네졌고 그들은 달게 이 술을 마셨다. 그러나 나는 이것이 이 비참한 상황과는 어울리지 않는다고 생각했다. 이 의식이 끝난 뒤 세 명의 생각없는 젊은이들이 아주 경솔하게도 부끄러운 짓을 했다. 그들은 욕을 하고 웃었으며 음탕한 말을 늘어놓고 죄수들에게 행운을 빈다고 말했던 것이다. 마치 자신들의 행동이 합법적인 것이기나 한 것처럼 말이다.

형이 집행되는 곳의 광경 역시 비웃음으로 가득했다. 형을 집행하는 목사는 주목을 받고 있다기보다는 조롱거리가 되어 있었다. 성경의 잠언 구절이 추한 인간들의 저주와 시끄러운 잡담소리 속에서 울려 퍼졌다. 이 불쌍한 죄수들에게 준비되어 있었던 것은 인간성과는 상관없는 야만적인 환희였을 것이다. 이 죄수들이 반쯤 죽었을 때 나는 형집행관들 앞에서 버젓이 죽은 자의 잘려진 머리를 이리저리 끌고 차고 다니는 군중들의 모습을 보고 그저 놀랄 따름이었다. 거기에는 처형된 자의 친구도 있었다고 들었고, 이러한 소동 속에서도 죽은 자의 시체를 수습할 의사도 보내져 있었다고 들었다. 그 참상이란 도저히 눈뜨고 볼 수 없을 정도로 비참한 것이었다. 그래서 나는 어렵사리 그 군중들 속에서 말을 타고 빠져 나와 내 갈길을 재촉했다. 그 곳에 모여 있던 군중들의 얼굴은 마치 무슨 축제라도 벌인 것처럼 온통 기쁨과 환희에 들떠 있었다. 나로서는 도저히 설명할 길이 없다.

다른 나라에서는 형집행이 관리들이나 슬픔에 젖은 친구들은 거의 동석하지 않은 상태에서 행해진다고 들었다. 그러나 여기에서는 혼란과 소란, 욕설과 기도 그리고 잡언이 모두 함께 뒤섞인 채 행해지고 있는 것이다. 나는 이러한 차이가 있는 것을 다른 나라의 관행의 탓으로 돌리거나, 영국인들의 잔인성으로 돌리고 싶지 않다. 그러나 여기 사람들의 행동에 대하여는 무엇으로도 설명할 수가 없다. 내가 지나는 모든 길에는 다섯 사람의 죽음을 애도하는, 내가 기대했던 슬픔의 표정이 아니라 오히려 축제의 표정으로 가득했다.

시신 한 구가 그의 아내가 살고 있던 집으로 이송되었으나, 그녀는 시신을 인수하러 오지 않았다. 사람들은 곧 시신을 수습할 의사를 찾았다. 그러나 어느 누구도 시신을 수습하려 하지 않자 사람들은 시체에 역청을 바르고 그 위에 흙을 뿌려둔 채 맨 땅에 그냥 놔두고 가버렸다.

이것이 바로 내가 본 사형집행의 장면이었다. 나는 그 뒤 다시는 이런 고통을 주는 일을 본 적이 없다.[5)]

따라서 지옥의 불길과 같이 영원히 타오르는 저주의 곡조에 따라 이제 형법의 희생자는 휘청거리는 듯 몽롱하게 정신이 취한 군중들 앞에서 숨을 거두게 된 것이다. 이러한 정신착란적 황홀경에 빠진 사람들 가운데에는 여자와 청소년들도 있었다고 전해진다. 거의 미쳤다고 생각되었던 홀링스의 경우에는 사람들의 흥미를 불러 일으켜 구름같이 사람들이 모여들었다. 단 위에 올라선 한 젊은 여인은 죽은 자의 손을 자기 가슴 속에 집어 넣고는 기절해버렸다.[6)] 미신과 관련된 인사불성의 황홀경에 빠진 상태와 이상한 행동들의 예는 그 외에도 많다 - 예컨대, 처형된 자의 손이 닿으면 사마귀가 치료된다거나 효수에 사용된 밧줄이 행운을 가져다 준다는 등, 형집행관이 그 밧줄을 조금씩 끊어서 팔기도 했다.

이처럼 공개처형을 일종의 오락거리로 만든 영국 사회는 어떤 것이었을까? 과연 모든 역사학자들이 믿고 있듯이 형법과 형법의 집행이 피

5) 이 편지는 Potter, *The Fatal Gallow Tree*에서 발췌한 것이다. 그러나 그 원본은 알려져 있지 않다. 여기서 이 편지가 묘사하고 있는 것은 위에서 인용한 프란시스 플레이스의 말을 입증한다는 점에 유념해야 한다. 그러나 플레이스가 전하는 내용을 비판하는 헤이 등(Hay et al.)의 묘사와는 다르다. 18세기의 형벌사에 대한 설명을 폄하하려고 했던 헤이 등의 관념적이기까지 한 견해들은 정확성을 결하고 있다고 보여진다.

6) G. T. Wilkinson, *The Newgate Calendar* (London : n.p., 1816), p.252.

비린내날 만큼 잔혹했던가? 이런 질문들에 답하기 위하여 우리는 17세기에 발생했던 주요한 사건들을 점검해 보아야 할 것이다. 왜냐하면 바로 이 때 우리가 추적해야 할 집단심리의 기초가 형성되었기 때문이다.

교수형을 둘러싼 사회역사적 배경

먼저 17세기의 상황 전반에 대하여 관찰해 보도록 하자. 당시의 통계를 보면 매년 영국에서 사형이 집행된 숫자는 헨리 8세 이전 또는 그 후 시대의 어느 때보다도 낮았다고 하나, 이 숫자는 - 역사적으로 볼 때 대부분의 통계가 그렇듯이 - 특히 범죄와 형벌에 관하여 시대의 정신을 밝혀주기에는 형편없이 부족할 것이다.[7] 사실 17세기 영국은 역사적으로 볼 때 가장 살벌했던 시기였다. 정치적으로나 국민 전체에 있어서 분란이 많았던 시기였다. 이는 올리버 크롬웰의 전기를 썼던 찰스 피스 卿(Sir Charles Firth)이 기술해 놓은 것에서도 엿볼 수 있다.[8] 이 시기는 영국의 시민계층이었던 젠트리(gentry)가 자기 소유의 땅을 가지게 되었고, 청교도정신에 힘입어 엘리자베스 여왕이 심혈을 기울여 유지했던 구교도와 신교도 사이의 균형이 전복되었던 때이다. 엘리자베스는 영국 국교도의 수장이 되었지만 교회의 우두머리가 되었던 것은 아니다.

영국의 젠트리(귀족 바로 아래에 있는 계층)는 전문직에 있었던 사람들로서 상인, 상공업자가 주를 이루고 있었다. 엘리자베스 시대에 주요한 상거래계약이 확대되었고, 17세기에 영국의 전통 상공업인 모직의 제작이 성황을 이루게 되었다. 양을 기르게 된 것을 비롯하여 농업에 있어 작은 '혁명'이 석탄산업의 급속한 성장과 함께 발흥했다. 1618년까지 런던시민들은 나무 대신에 석탄을 때게 되었다. 굴뚝연기에 그으른 런던의 18세기의 전형적인 모습이 이미 준비되어 있었던 것이다. 유리제작, 조선, 소금제조 등의 다른 산업도 융성하게 번창했

7) Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.142; Hay et al., *Albion's Fatal Tree*에 나온 통계 참조. 이에 대하여는 다음에서 자세히 상술할 것이다.
8) Firth, *Oliver Cromwell and the Rule of the Puritans in England*.

다. 이러한 산업이 성공할 수 있도록 도움을 준 사람들은 바로 근면과 청빈이라는 청교도의 가르침을 받은 젠트리들이었다. 더 중요한 것은 의회가 강력한 정치적·사회적 세력이 되었다는 점이다. 그 이전 엘리자베스여왕 치세하에서는 의회가 단지 왕실에 이르는 통로였을 뿐이다. 그러나 그녀는 의회를 어떻게 통제하는지를 알고 있었으며, 게다가 당시의 청교도들은 단지 소란을 일으키는 소집단일 뿐이었다. 그러나 뒤를 이은 엘리자베스에 못미치는 제임스 1세와 찰스 1세라는 허약한 왕들 덕분에 영국은 바야흐로 공화국의 탄생을 향하여 줄달음쳤다. 찰스 1세의 치세 때에 하원은 청교도 젠트리들로 가득 차 있었고, 문제가 생긴 발단이 바로 여기에 있었다.

우리는 여기서 영국 역사상 조롱과 찬사를 함께 받고 있는 찰스 1세의 죽음과 청교도전쟁, 그리고 크롬웰의 집정을 초래했던 모든 요소들을 분석해 볼 수는 없다. 크롬웰은 진정으로 영국에서 청교도전쟁을 수행하려 하지 않았고 다만 국민들의 정치적인 자유에 기반을 두고 어쩔 수 없이 그렇게 했다는 이야기가 가끔씩 주장되고 있다. 그러나 그의 행동을 정당화시키고 종교적인 의미를 함축하게 된 것은 단지 그 후의 일일 뿐이라고 믿어진다.

아마도 정치와 종교라는 두 세력이 명확하게 분리되어 있지 않았을 것이다. 캘빈주의의 중심교리는 각 개인이 독자적으로 성경을 스스로 해석해야 하고, 교회(혹은 다른 어떤 이도)는 그에 간섭하지 않아야 한다는 것이었다. 많은 정치단체와 사회단체가 여러 성직자들에 의하여 지배되고 교회가 영국 국교도로 선포되었을 무렵, 극단적인 개인주의를 나타내는 독립이라는 이데올로기는 정치영역에도 흘러 들어왔다. 그 양자는 서로 불가분의 관계를 맺고 있었던 것이다.

마침내 찰스 1세에 대하여 1640-1649년의 청교도전쟁이 행해져 크롬웰은 잘 훈련된 기병대와 충성스런 군대를 가지고 1월 30일 화요일에 전쟁을 선포하고 오후 2시 4분 찰스 1세의 목은 런던시민들이 조용히 바라보는 가운데 교수대로 떨어지게 되었다. 그 때 크롬웰과 그의 추종자들은 단 한칼에 독재자의 말로를 지켜보았다. 그러나 그것으로 끝난 게 아니었다. 그 대신 이러한 참혹한 행위는 이전에 영국이

경험해 보지 못했던 정치적·심리적 혼란을 초래하게 되었다. 왕에게 충성하고 그를 사랑했던 국민들이 분연히 일어나 그를 죽인 것이다. 수백, 아니 수천년 동안 억눌려 내려온 심리상태가 믿을 수 없는 대역죄로 인하여 풀려버린 것이다.

1640-1649년 사이의 空位時代는 다음에 등장하는 후속 정치이론가들에게는 매우 매력적인 것이었다. 왜냐하면 모든 정치이론이 등장할 수 있었기 때문이다. 특히 수평파(the Leveller)에 의하여 그렇게 되었다. 어떤 이들은 사유재산 같은 것은 없어야 한다고 주장했으며, 홉스는 "세상은 물질이다.… 실제로 존재하는 것은 물질뿐이며, 따라서 물질이 아닌 것은 실재하지 않는다."고 말하기까지 했다.

그러나 '온갖 사상이 비등하게 된'[9] 가운데에서도 비극이라면 크롬웰이 자신의 정부를 위한 헌법적 기초를 찾지 못했다는 것이다. 그는 때때로 자신을 뒷받침하던 군대의 뒷전으로 물러서도록 강요받고 있었다. 충성파들은 스튜어트왕조를 원하고 있었기 때문에 그를 배신했다. 수평파와 독립파는 "호민관"(Lord Protector)으로서의 그의 위치가 마치 왕과 같다 하여 그를 배신했다. 온건파들은 크롬웰이 사유재산을 없앨까봐 두려워하고 있었다. 마침내 크롬웰이 1658년 늙었다고 하기엔 너무 젊은 59세를 일기로 죽게 되었고, 그의 죽음으로 그가 다하지 못했던 일들이 산적되었다. 1660년 5월 29일 찰스 2세는 네덜란드에서 복위하여 다시 왕관을 쓰게 되었다. 그러나 헌법상 이론적으로는 아무것도 변한 것이 없지만 왕국은 이전의 왕국이 아니었다.

크롬웰의 시체는 나중에 부관참시(剖棺斬屍)되었다. 이제 그 시대는 질서의 이름으로 그리고 反질서의 이름으로 살인의 폭력이 횡행하던 때가 되었다. 홉스가 "만인의 만인에 대한 투쟁"이라고 언급한 것도 그리 놀라운 일이 아니다. 이 시기는 밀턴(Milton)이 ≪失樂園 *Paradise Lost*≫를 썼던 때이기도 했다.

교회 역시 이전의 교회가 아니었다. 종교적 열광과 무제한한 종교사상의 폭발 때문에 드디어 의회는 종교를 개혁할 필요를 느끼고 있었

9) M. Ashley, *England in the Seventh Century* (1603-1714) (London : Pelican, 1952), pp.115-116.

다. 영국 성공회가 스코트랜드 교회의 모델로 전환되기 시작했다. 그러나 한 가지 차이점은 있었다. 잉글랜드의 개신교회 수장은 의회였던 것이다. 사제제도가 없어졌으며, 그들에게 속해 있던 토지와 위계질서가 재분배되었다. 그것은 완전한 변혁이었던 것이다.

네델란드와의 전쟁 동안 찰스 2세의 불안한 치세는 계속 되었지만 그가 적절할 때 죽어 또다른 시민전쟁을 피할 수 있었으며, 다음에 발생한 위기상황으로 이제 힘은 의회로 넘어가게 되었다. 이것이 바로 1688년의 명예혁명(Glorious Revolution)이다. 상원은 주로 토리당(Tory)이었고 하원의 2/3은 위그당(Whig)이었지만, 종교자유의 이름으로 이들은 네델란드의 오렌지公 윌리암(William of Orange)을 왕으로 추대하고 제임스 2세를 축출했다. 혹자는 이 "명예혁명"이 자유의 이름으로 수행된 것이 아니라 재력가의 이름으로 수행되었다고 주장한다. 나중에는 로크가 생각한 재산의 개념("정부는 재산의 관리자 외에는 다른 목적을 가지지 않는다"[10])이 용서받기도 했다.[11] 혁명으로 인하여 유산계급이 이익을 받은 것은 틀림없는 사실이다. 왜냐하면 의회가 바로 그러한 영향력있는 유산자들로 구성되었기 때문이다. 결국 의회는 왕에 의하여 지배될 때에도 항상 그러한 유산자들로 구성되게 되었다. 차이점이 있다면 이제 의회 구성원들은 자신의 이익을 증대시키기 위하여 자신의 지위를 이용하는 다른 어떤 세력보다 좋은 위치에 있게 되었고, 대중들을 희생시켜 자신이 속한 계급을 위해 힘을 썼던 것이다.

그런데 과연 이러한 상황이 국민들로부터 돈과 노동을 착취했던 튜더왕조와 다른 것이 있던가? 그에 대한 답은 분명히 '그렇다'는 것이다. 튜더왕조시대에는 국왕이 국민들과의 개인적인 관계를 존중했다. 국왕은 국민들의 생활에 힘과 안전성 그리고 조화를 제시해 주었다.

---

10) J. Locke, *Second Treaties on Government* (Oxford: B. Blackwell, 1948), Secs. 85 and 94.

11) 나는 로크가 이렇게 해석한 것이 불합리하고 이치에도 맞지 않는 것이라고 생각한다. 로크는 재산을 생명과 자유를 포함하는 매우 넓은 것으로 정의했다. 분명히 그가 내린 정의는 개인주의 철학일 것이다. 그러나 그것은 다른 학자들이 지적하는 바와 같이 계급이론은 아니었다. 이와 같은 로크에 대한 비판에 대하여는 Hay et al., *Albion's Fatal Tree* 참조.

이제는 의회가 주권을 가지고 주도하게 되었다. 사람들의 관점에 따라서는 그것을 독재라고 부를 수도 있을 것이다. 그리고 18세기까지 의회는 오늘날 우리들에게도 친숙한 일종의 독재를 낳았다. 즉 의회는 자신의 이익을 도모하기 위하여 모든 민사 및 형사법을 마구 제정하기 시작한 것이다. 법치주의는 최소한 제도상으로 보장되었다. 그것은 실제로 인간에 의한 지배가 아닌 법에 의한 지배였다. 또 사람들의 관점에 따라서는 그것을 법의 독재라고 부를 수도 있었다.

1694년 영국은행(the Bank of England)이 창설되어 의회에 더 많은 힘을 얹어주게 되었고,[12] 이제 영국을 세계 제1의 상업국가로 만들어 준 근대적인 경제제도의 선구자가 되었던 것이다. 상업거래로 부귀와 사치도 가능해져 소설가이자 형사법원의 치안판사였던 헨리 필딩(Henry Fielding)은 60년 뒤 빈곤한 계층이 몰락하게 되었다고 탄식하기도 했다.

17세기 초 영국의 잉글랜드와 웨일즈의 인구는 4백만이 넘었고, 런던市의 인구도 20만이나 되었다. 1700년에는 전체 인구는 525만이었음에 비하여 런던市의 인구는 40만에 달하였다. 전 인구의 1/5가 템즈강 유역에 살았다. 오늘날 우리가 '도시화'라고 부르는 급속한 과정이 도시를 아름답게 그리고 동시에 추악하게 만들었다. 범죄통계에 관한 한, 우리는 믿을 만한 정보를 가지고 있지 않다. 아마도 처형의 빈도는 상당히 높았고 18세기보다 더 많았을 것이라고 짐작할 수 있다. 17세기 영국, 특히 런던은 교수형 집행지로 악명이 높았다. 교수대는 흔하게 찾아볼 수 있어 이는 경계표의 구실까지 했다. 신비스럽기까지 한 "잭 켓치"(Jack Ketch)라고 하는 음침한 모습의 형집행관이 찰스 2세 당시 등장했다.[13]

이미 언급하였듯이, 한번에 가장 많은 사람이 교수된 것은 크롬웰의

12) 東印度會社는 12일 동안 무려 1,200,000파운드를 벌어다 주었고, 8리의 이자로 이 돈을 정부에 빌려주었다(아마도 이 책에서 이런 말은 처음 사용하는 것 같다!). 윌리암은 다른 어떤 것보다도 이 돈으로 프랑스와 전쟁을 치를 수 있었다. 더 중요한 점은 영국은행이 바로 의회에서 대다수를 점하던 돈많은 휘그당의 상인들에 의해 투자되었다는 점이다. 결국 토리당도 은행에 투자하게 되었고, 의회는 이제 그 돈으로 국왕에게 빌려주어 돈을 지배하게 된 것이다.

13) Potter, *The Fatal Gallows Tree*, p.32.

집권 당시였다. 타이번에 이르는 행진이 이미 18세기 이전에 행해졌으며, '뉴게이트 달력'으로 출판된 더 많은 처형 사례들이 17세기에 발생했다고 전해진다. 게다가 찰스 2세의 집권말기 때부터 1819년까지 187개의 새로운 사형범죄가 형법에 추가되었다. 이에 비하여 헨리 8세부터 찰스 2세 때까지는 불과 30개의 사형범죄만이 있었다.[14]

요컨대, 17세기의 엄청난 변화는 보통사람들을 완전히 뒤바꿔 버렸다. 사람들은 전통적인 생활방식을 상실해 버렸다. 왕에 대한 국민들의 감정도 막강한 의회의 힘 앞에 굴욕적으로 무너지는 모습을 보고는 타격을 입었다. 기존의 종교도 구교도건 신교도건 간에 모두 망가져 버렸다. 구교도는 크롬웰의 청교도와 개신교 때문에 곤혹을 당했다. 개신교 역시 독립파와 비국교도로부터 모든 측면에서 도전을 받았다. 결국 의회가 이들 종교를 지배하게 되어 성직자는 교회와 의회의 이익을 위하여 집전할 정도가 되었다. 성직자들은 기독교의 오랜 전통에서 떨어져 나와 재산 추구를 위하여 몸바쳤다. 이러한 변화는 합리적 기독교도이자 사유재산의 옹호자인 존 로크(John Locke)에 의해 더 쉽게 되었다. 중세시대의 근간이었던 봉건제도 - 장인들의 서두르지 않은 세심한 작업과 한가로이 양을 기르고 옷감을 짜며 땅을 경작했던 시대 - 는 완전히 해체되었다. 상인, 무역업자, 그리고 상공업자들이 그 뒤를 잇게 되었다. 사람들은 생산산업에 뛰어든 것이다.

사정이 더 나빴던 것은 보통사람들이 끊임없이 국내외 전쟁에 휘말려든 것이다. 국내전쟁이었던 시민전쟁은 비록 형식상은 국가의 존엄을 위한 것이긴 하였지만 어찌 되었든 전쟁은 전쟁이었다. 그리고 전쟁은 죽음의 공포를 피할 수 없다. 그러나 이것만으로는 부족했던지 잉글랜드의 국민들은 시도 때도 없이 역병에 시달려야만 했다. 가장 최악의 전염병은 1666년에 발생한 페스트였고, 그 뒤를 이어 곧바로 런던 대화재(the Great Fire of London)가 발생했다. 국가의 사회경제적 생활이 요동치기 시작할 무렵 죽음은 국민들 주변 도처에서 그들을 기다리고 있었다. 영국인의 기본적인 생활인 경제, 종교, 정치, 재산 등이 완전히 파괴되었다. 17세기 말엽에는 이제 중세시대의 영국은 사라

14) Radzinowicz, *English Criminal Law.*

지게 되었고, 이른바 우리가 근대사회 - 법, 환경오염, 산업, 상거래, 종교적 관용, 도시화, 정당 등등의 문제들이 발생하는 시기 - 라고 말할 수 있는 시기가 도래했다. 복잡하게 붐비는 런던에는 그 어느 때보다도 많은 죽음과 살해의 유령이 배회하고 있었다.

18세기가 진행되고 있는 동안 평범한 런던시민들 - 나중에는 곧 '노동계층'이 된다 - 이 교수대의 밑에 모여 넋을 잃고 히스테리를 부리듯 소리치는 자신의 모습을 발견하게 되는 것도 그리 놀라운 일이 아니다. 그러한 처형광경을 조용히 지켜보던 소수의 귀족들은 과연 무슨 생각을 했겠는가? 이것이 구태의연한 과거 폭정정치에서 벗어난 자유의 시위였을까?

이제 우리는 무시무시했던 18세기의 형벌에 무슨 일이 발생하였는지를 찬찬히 살펴보도록 하자. 실로 타이번에서 행해졌던 일들은 괴상한 광경이었다. 특히 18세기 전반기에 보통사람들이 그 모든 것을 인정했던 때를 말이다.[15] 그러나 일부 상류계급 출신의 범죄자들을 제외하면 타이번까지의 행렬에 참가했던 사람들은 하층계급의 무기력한 사람들이었다. 간단히 말해서, 범죄자는 구경꾼들과 다를 바가 없었다. 즉 당시의 인기있는 영웅들은 오늘날의 인기있는 가수들과 같았다.

히스테리적인 교수형의 종교적 배경

1715년 이후 사제들은 정치인들의 손에 의해 좌지우지되었다. 그들은 의회에 '고용된' 자나 마찬가지였다. 국민에 대한 성직자의 영향을 잘 파악하여 그들을 정치화함으로써 정치인들은 사제들의 종교적인 영

15) 이에 대하여는 약간의 논란이 있다. 헤이 등의 학자들은 당연히 그것을 인정하지 않는다. 라지노비츠는 적어도 18세기 전반기에 대중들이 승인한 증거로서 법을 만든 의회를 예로 들고 있다. 만약 의회 의원들이 보편선거에 의하여 선출되었다면 이러한 가정은 설득력이 있을 것이다. 물론 그들은 보편선거에 의해 선출되지 않았다. 따라서 그들이 대중을 대표할 수는 없는 노릇이다. 대중들의 '승인'은 법에서 찾을 것이 아니라 교수형 집행과정에 참여한 것으로부터 찾아야 한다. 대중들은 교수형을 일상생활의 일부로서 받아들였다. 마치 그 전의 사람들이 왕의 명령을 받아들인 것처럼 말이다.

향을 붕괴시키기 시작했다. 의회의 기록에 따르면, 목사와 신부들은 그저 썩어빠진 예배를 집전하는 것 외에는 아무것도 하지 않으려 했다. 농업의 번성으로 인하여 교구목사들은 여유를 부릴 수 있었으며, 산업도시가 성장했다고 해도 그것이 전통적인 교구생활과는 무관했다. 또한 성직자들은 前세기에 팽배했던 유물론에 빠져들어 설교도 그저 일상생활의 단조로운 주제만을 맴돌았다. 교회는 대중들과 멀어졌다 - 실제로 대중들은 실질적인 '대중'이 되었고, 더 이상 교회의 교구민이 아니었다. 교회는 신앙적으로도 그리고 이념적으로도 가난한 자를 무시했다.

그러나 존 웨슬리(John Wesley)만은 그렇지 않았다. 이 놀라운 인물이 설교한 신앙은 교수대에서 진행되고 있던 것을 설명해 주었다. 혹자는 가난하고 병든 일용노동자가 대부분인 대중들이 자신의 비참한 삶을 평안하게 해 주는 이 지도자를 발견했을 것이라고 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 사정은 그와 정반대였다. 웨슬리는 정치적으로 완전히 보수주의자였다. "국민이 정부의 몫을 더 많이 가지면 가질수록 국민들은 더 적은 자유만을 향유하게 된다"고 그는 말했다. 그는 프랑스혁명은 사탄의 짓이라고 보았다.

그 대신 그가 그를 추종했던 신도들에게 한 말은 지옥불과 같은 설교였다. 즉 사심없는 기독교생활의 요구, 절제의 생활, 근면 등등이 바로 그가 한 설교의 내용이다. 그의 설교는 바로 청교도주의의 再版이었다. 그러나 이번에는 과격하지 않았다. 믿을 수 없는 화신이 등장한 것이다! 자신의 생활을 고양시키려는 사람들에게는 큰 힘이 되었던 것이다.

웨슬리는 또한 열광적인 미신적 관습과 신앙을 설교했다. 그는 악마의 화신인 마녀를 믿었고, 기독교에 뒤따라다니던 온갖 주술적 미신도 믿었다. 그것들은 신도들의 신앙과 미신을 반영한 것이다. 그의 불같은 설교는 사람들을 열광하도록 만들어 울고 웃게 했다. 그는 신도들을 자기 교회로 불러 모아 마치 교수대에서 볼 수 있는 군중들의 행동을 재연했다. 그가 신도들에게 죽음과 지옥에 대하여 설교할 때면 사람들은 기절하거나 히스테리를 보였다.[16] 웨슬리의 설교 덕분으로 교

수대 밑에 모인 군중들은 이해할 수 있었던 것 같다. 교수형을 마치 결혼식에 비유하는 때도 많았다. 즉 죄수는 신랑이고, 죽음은 신부였던 것이다.[17] 존 웨슬리의 동생인 찰스 웨슬리(Charles Wesley)는 왜핑 교수대에서 설교를 했다. "전지전능한 바람에 비견할 수 있는 정신이 있다. 이제 우리는 그 소리를 듣고, 불꽃이 피기 시작한다. 많은 사람들은 새로운 탄생의 고통을 느낀다. 고개를 들어 '신랑이 온다'라고 부르짖는 소리를 들어라."[18] 이것은 매우 심오한 종교적 반전을 엿볼 수 있다. 바로 죽음을 삶으로 바꾼 것이다.

웨슬리는 대중들의 무의식 속에 자리잡고 있던 환상을 들추어낼 수 있었다. 죽음, 더 정확하게 말하자면 폭력적인 죽음이 종교를 위하여 정당화된 것이다. 이 얼마나 문명과는 동떨어진 것인가! 제2장에서 살펴본 문명의 어두운 초창기에 우리는 살해가 먼저 발생하고 그 뒤를 종교의식이 뒤따랐던 것을 보았다. 儀式은 일종의 보상으로서 원시부족 사이에 발생한 살해를 정당화시킨다는 의미에서 행해졌다. 초창기의 이러한 살해의 錘가 이후 폭력과 더불어 서양인들의 목에 걸려 이정표처럼 흔들렸다. 우리는 필요악인 두려운 행동에 대처하기 위하여 정교한 儀式과 제도적 장치를 발전시켜 왔다. 종교는 문명 발전의 중요한 요소의 하나가 되었다. 18세기 영국에서는 종교가 다시 머리를 쳐들기 시작하여 많은 곤란을 겪었다. 종교는 이제 더 이상 폭력적인 죽음을 정당화하지 않는다. 그 대신 교수형이 종교를 정당화시켰다. 정통 성직자들은 이제 교수대에 모이는 새와 다름이 없었다. 아무런 쓸모도 없고 부패하기만 했던 그들은 썩은 죄수의 시체를 파먹고 사람들을 무서워하는 새에 불과했다.

물질적인 세속세계로 넘어와 종교의 기반이 되는 도덕성을 포기하게 된 성직자들은 한 가지 물리적인 사실밖에는 교구민들에게 전달할 수 없었다. 바로 죽음이라는 사실이다. 그러나 여기서조차도 그들은 죽음

16) J. H. Plumb, *England in the Eighteenth Century* (Baltimore, Md.: Penguin, 1963), p.95.
17) Hay et al., *Albion's Fatal Tree*, p.114. 죄수나 그의 친구 또는 가족들은 교수형을 예복장식, 하얀 지팡이, 흰 웨딩드레스를 입은 신부가 등장하는 결혼식으로 간주하는 예가 많았다.
18) Charles Wesley, *The Journal 1* (1849): 215.

을 도덕적으로 다룬 것이 아니라 물질적인 이익을 좇아 다루었던 것이다. 즉 그들은 죽음을 어찌 대처해야 할지를 몰랐다. 예정설의 원리도 성직자들이 자신의 직업을 신중하게 받아들이게 할 수 없었다는 사실도 덧붙여야 할 것이다.

도처에서 발생하는 죽음에 대하여 군중들은 어떤 통제가 가능하다는 것을 보고 즐거워 했다. 타이번에서는 생명을 마음대로 처단할 수 있었다. 영웅이든 바보든 그것은 상관없었다. 그러나 웨슬리가 옳다면 다시 살 수 있는 새로운 희망이 있었다. 왜냐하면 웨슬리는 만약 모든 사람이 열심히 일한다면 다시 살 수 있다고 설교했기 때문이다. 그는 캘빈의 예정설을 한 쪽 구석으로 치워버렸던 것이다. 교수형과는 아무런 개인적 상관도 없는 보통사람들에게 있어서 공개처형은 심오한 정신적인 경험이었다. 구경꾼들은 그것을 좋아했다. 그 이유도 모르면서 말이다.[19]

교수형장에서 흥분된 장면을 연출하게 했던 요소들은 아직도 더 많이 있는데, 이것들은 다분히 형법과 형법의 집행, 사법의 성격, 그리고 유산자들의 중요한 전문직업으로 급상하게 된 의술과 밀접하게 관련되어 있다.

형사사법과 교수대

18세기에 사형범죄는 계속하여 증가했다. 조지 2세는 33개의 사형범죄, 조지 3세는 63개의 사형범죄를 추가했다. 그러나 실제로 사형을 내릴 수 있는 범죄의 숫자는 5배나 더 많았다. 왜냐하면 특별 긴급법률의 제정으로 사법판결을 적용하고 집행하는 것이 증가했기 때문이다. 형법은 말 그대로 처참한 상태에 있었다. 또 같은 형벌도 그 정도를 달리하여 수많은 범죄에 가해졌다. 월담 지역주민들을 강탈했던 복면강도단에 대처하기 위하여 제정된 1822년 월담 블랙 법률(the

19) 그 당시 대중들의 심리상태와 종교에 대하여는 G. R. Taylor, *The Angel Maker: A Study of the Psychological Origin of Social Change* (New York: Dutton, 1974) 및 제9장 참조.

Waltham Black Act)은 특정한 장소, 특정한 때 복면을 한 자에 대하여 사형을 선고할 수 있도록 규정되었다. 라지노비츠는 이 당시 사형을 선고할 수 있는 범죄가 50개 정도였을 것이라고 추정하고 있지만, 7 個群으로 나뉘어진 범죄자유형은 무려 '350개!'의 사형범죄를 만들어 냈다.[20] 이 긴급법률은 로버트 필 卿(Sir Robert Peel)이 1823년 폐지할 때까지 존속했다.

형법전상으로는 수많은 사형범죄가 있었지만 그것은 일정한 제한하에서 사용되었다. 이는 당시 통상적인 일상범죄(street crime)의 비율이 상당히 높았기 때문에 강력한 응징수단을 사용하려고 했던 것을 생각해 보면 알 수 있다. 또 당시 영국은 유럽에서도 살인율이 가장 낮았다는 점을 상기해야 할 것이다. 1749-1771년 사이 런던과 미들섹스에서는 단지 사형선고의 10.6%만이 살인범에게 선고되었다.[21] 주거침입범죄와 강도가 근 70%를 차지할 정도로 높은 발생율을 보였다. 상거래에서 얻은 재산과 '사치품'을 소중히 했던 시대이므로 이를 노리는 자들에게 가혹한 법을 적용했다는 것은 이해할 수 있을 것이다. 역사학자들에 따르면 이 시대에는 폭력의 수준과 그 수용 정도가 상당했다고 한다. 폭력을 이용하여 자기의 목적을 달성하려 했던 노상강도들(딕 터핀이 가장 유명하다)도 보통은 살인을 저지르지는 않았다. 적어도 '뉴게이트의 달력'에 나오는 범죄목록을 보면 그러했던 것 같다. 대부분의 살인범들은 오늘날의 살인범과 다를 바가 없었다. 즉 삼각관계에 의한 치정살인, 정신도착증 살인광 등이 그 예이다. 강도살인은 오늘날보다도 더 적었던 것 같다.

이 당시의 범죄통계기록을 보면 법원에서 어떻게 판결했는지를 알 수 있다. 즉 법원은 사형범죄를 그렇게 많이 집행하지 않았고, 더 중요한 것은 여론에 따랐다는 점이다. 〈표 2〉는 이것을 명확하게 보여준다. 우리는 사형선고를 받은 자의 실제 집행율이 1749-1758년 사이에 급격하게 상승한 것을 볼 수 있는데, 이 시기가 바로 유명한 헨리 필딩 치안판사가 엄격한 법집행과 사면과 감형의 폐지를 요구한 때이

20) Radzinowicz, *English Criminal Law*, pp.5-10.
21) *Ibid.*, p.148.

다. 그는 1751년 ≪최근 강도범 급증에 관한 연구 *Inquiry into the Late Increase in Robbers*≫라는 저서를 출간하기도 했다. 마단 목사(Reverend Madan) 등 많은 저술가들이 "극형원칙"을 찬성했다. 그들은 높은 범죄율과 엄격한 형법의 완만한 집행을 보고, 법은 집행할 때에만 엄격해진다고 주장했다. 그 결과 "교수형은 충분한 형벌도 아니고" 충분히 집행되지도 않는다는 결론에 이르렀다.

〈표 2〉[22] 사형집행율(런던 및 미들섹스)

기 간	비율(%)
1770-1714	35.0
1749-1758	69.0
1790-1799	29.5
1800-1810	13.0

비도시지역으로 간주될 수 있는 홈 서키트(Home Circuit, 런던을 중심으로 한 순회재판구 - 역자 註)의 선고율과 집행율의 추이를 살펴보는 것도 흥미롭다. 〈표 3〉에서 제시된 숫자는 런던과 미들섹스에서 행해진 것과 좋은 대조를 이루고 있다. 이 양자를 비교해 볼 때 홈 서키트에서는 런던과 미들섹스와 같은 기간에 최대치를 보이고 있으나, 1749-58년에는 그 실제 집행율이 떨어지고 있다. 기간이 서로 다르긴 하지만 우리는 여기서 도시와 지방간의 형사사법운영이 상당히 달랐다는 점을 알 수 있다. 오늘날의 형사사법운영에서도 알 수 있듯이 이것을 짐작할 수 있을 것이다.

〈표 3〉[23] 사형선고율 및 집행율(홈 서키트)

기 간	선고율	집행율	집행/선고 비율
1688-1718	12.7	6.7	50.0
1754-1784	16.3	4.6	25.0
1785-1794	12.4	4.1	30.0

22) *Ibid.*, pp.151, 157.
23) *Ibid.*, p.149.

그럼 왜 처형된 비율이 낮았을까? 거기에는 많은 이유가 있다. 오직 법률에만 열중했던 사법부는 사람의 지배가 아닌 "법의 지배" 원리에 빠져 있어 법을 곧이곧대로 좁게만 해석한 까닭이다. 그 결과 범죄자가 분명히 유죄인 사건도 별로 중요하지 않은 이유를 들어 기각시켰다. 범죄자에게는 "의심이 있을 때에는 범죄자의 이익으로"라는 원칙이 적용되었다. 이러한 경향에 대하여 헨리 필딩은 1751년 어느 저술에서 다음과 같이 기술하고 있다. 즉 "그들은 조직범죄단에게 위협받고 있으며, 가난하고, 탐욕스럽고, 돈도 못벌기 때문에 쉽게 매수되며, 더욱 나쁜 것은 그들이 마음이 약하다는 것이다."[24] '그들'이란 바로 법관들과 검사를 말한다. 법관들은 위세당당하고 신중하게 사형을 선고하지만 곧 대부분의 경우 사면하거나 감경했다는 것은 놀라운 일이다. 여기서 일정한 사유들이 고려되었다. 즉 초범인가 아닌가, 평소 선량한 성격이었는가, 폭력을 가한 범죄였는가, 궁핍에서 나온 행동인가, 무기는 소지하지 않았는가, 훔친 물건을 반환했는가, 자백에만 근거한 선고였는가 등등이 그것이다. 이와 더불어 가장 중요한 이유가 되었던 것은 아마도 범죄자의 나이였을 것이다. 왜냐하면 지금도 마찬가지이지만 범죄는 대개 젊은이들이 많이 범하기 때문이다. 처형된 20명 가운데 18명은 21세 이하였던 것이다![25]

마지막으로 사형이 그렇게 적게 집행된 또다른 중요한 이유는 절취된 물품의 가치가 보잘것없기 때문에 배심원들이 중죄로 심판하기 보다는 경미범죄로 심판했기 때문이다. 이를 도왔던 것은 앞서도 보았듯이 자비를 베풀었던 검사들이었다. 〈표 4〉는 1805년 영국의 잉글랜드와 웨일즈의 형사사법절차를 잘 보여주고 있다. 18세기에는 사형을 대체할 만한 형벌이 없었다고 하는 주장도 제기되고 있다. 그러나 이는 틀린 말이다. 앞에서 언급하였듯이 상당히 많은 종류의 형벌이 당시에도 있었다. 그 외에도 유배형이 있었으며, 18세기 말에는 드디어 새로운 형벌로 징역형이 등장하게 된다.

---

24) H. Fielding, *An Inquiry into the Causes of the Late Increase in Robbers* (New York : AMS Press, 1751, 1975, reprinted).

25) Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.14.

〈표 4〉 잉글랜드와 웨일즈의 형사사법절차, 1805년

- 총 공판수 4,605(100%)
  - 불기소처분 730(16%)
  - 유죄판결 2,783(60.4%)
    - 사 형 350(7.6%)
    - 유배형(통상 7년) 595(12.9%)
    - 징역형(통상 6-12개월) 1,680(36.5%)
    - 채찍형+벌금 158(3.4%)
  - 석 방 1,092(23.7%)

참고자료 : Sir Leon Radzinowicz, *A History of English Criminal Law* (London : Stevens and Sons, 1948), passim.

교수형과 좋은 의사

이제 교수형 집행과정의 마지막 부분, 즉 신체절단에 대하여 알아보아야 할 때가 되었다. 18세기 전반기에는 해부학자들이 처형된 죄수들의 몸을 구입하는 것이 보통이었고, 이들의 하인들이 값을 흥정하곤 했다. 이 일로 유명한 사람들은 헌터 형제들(the Hunter brothers)이었다. 영국의 의사들은 해부실습을 중요하게 생각했고, 특히 의학도들은 시체를 해부함으로써 경험을 연마했다. 따라서 시체를 원하는 수요가 급증했다. 그런데 문제는 군중들이 이러한 사체절단에 대하여 분노했다는 점이다. 더 이상한 것은 뉴게이트 감옥 옆에 있던 의사 강당(Surgeon Hall)에 모여 시체를 절단하는 광경을 보고 열광했던 사람들이 많았다는 것이다. 처형된 죄수의 가까운 친구나 가족들에게는 시체절단이 생각만해도 끔찍한 일이었을 것이다. 1752년에 사체절단이 사형선고에 필수적으로 따르는 강제절차가 되었다. 따라서 처형자의 친구나 가족은 교수대 밑에 모여 불운한 죄수를 빨리 죽게 하기 위하여 다리를 잡아 당기거나, 해부사들로부터 시신을 빼돌리곤 했다. 최근의 역사학자들에 따르면 선원들이 처형된 동료의 시체를 해부사들로부터

낚아채기 위하여 한바탕 큰 소동이 일어났다고 한다.[26] 돈으로 치자면 나이에 따라 3파운드 7실링까지 내려갔던 시체를 공짜로 얻으려고 이익집단이 다투기도 했다. 외과의사들의 시종들이 그랬고, 공공병원을 운영했던 자들도 그러한 사람들이었으며, 개인병원 의사의 하인도 그 중에 끼었다. 또 한몫 단단히 챙기려는 뜨내기 거래꾼들도 물론 있었다. 그리고 '엄숙하게 장례'치러 주기 위해 모인 처형된 죄수의 가족이나 친구들도 이에 빠지지 않았다. 실제로 화형되었던 딕 터핀의 시체는 해부용 시체를 구하던 어느 하인에 의해서 도난당했는데 나중에 그의 친구가 빼앗아 매장시켜 주었다.

이때까지는 전문의사가 그다지 높은 사회적 지위를 누리지 못했다는 점에 유의해야 한다. 사체를 처리하고 시체를 절단했던 그들의 업무가 오늘날 의사들이 향유할 수 있었던 높은 사회적 지위를 만들어 주었던 것이다. 그 당시 의술은 오로지 죽음과 관련이 있었으며 대부분의 의학적 지식을 사체에서 얻어냈던 것이다.[27] 따라서 의사라는 직업은 근대 사회에서 대단히 명예롭고 儀式主義的인 위치로 발전했다.

보통사람들의 눈에는 의사가 신비롭고 생명을 소생시키는 힘을 발휘하는 것으로 비쳤다. 18세기에는 대부분의 의사들이 사체를 절단했다. 그러나 어떤 의사들은 교수형의 집행에 개입하여 교수된 자를 다시 소생시킴으로써 법망을 빠져나가려고 했다. 만약 의사가 사체에 대하여 절대적인 힘을 발휘하려 했다면 사체를 절단함으로써 자신의 능력을 과시하는 것만으로는 불충분했다. 의사가 죽음을 뛰어넘어 생명을 소생시킬 수는 없었을까? 1752년 이후 의사들은 많은 시체로 좀 괴상한 실험을 행했다.

1803년 조지 포스터(George Foster)라고 하는 사람의 시신이 '전기충격실험'을 하던 앨다인 박사(Dr. Aldine)에게 인도되었다. 전기를 주입하자 시체의 각 부분은 이상한 반응을 보였다. 전기충격실험으로 시체의 한쪽 눈이 떠지는 것을 보고 놀라 어떤 구경꾼은 죽고 말았다. 놀라운 사례는 더 많다. 1650년 앤 그린(Anne Greene)은 30분 이상

26) Hay, *Albion's Fatal Tree*, pp.65-117.
27) M. Foucault, *Birth of the Clinic : An Archeology of Medical Perception*, trans. Sheridan Smith (New York: Pantheon, 1973).

교수된 후 옥스포드 대학의 해부학교수였던 윌리암 페티 卿(Sir William Petty)에 의하여 신체가 절단되었는데, 그는 그녀의 죽은 목에서 이상한 소리를 들었다. 그가 피를 짜내자 그녀는 다시 살아났다고 한다.[28] 그 외에도 교수형을 당한 후 살아난 사람들의 이야기가 많이 전한다 - 이를 '반만 교수당한 스미스' (half-hanged Smith) 또는 '반만 교수당한 멕' (half-hanged Meg) 등으로 불려 전해진다.

그런데 1729년 믿기지 않은 사건이 발생했다. 윌리암 고든(William Gordon)이 자기를 시술하던 의사 쇼벳(Chovet)이 다가가 목의 기관지 부분을 자르자 아직 목에 밧줄이 걸려 있는데도 숨을 내쉬었던 것이다. 이미 이전에 쇼벳은 개의 기관지를 잘라 교수시키는 실험을 성공적으로 행한 적이 있었다. 그러나 불행하게도 고든이 다시 살아나 교수대를 걸어 내려왔음에도 불구하고 45분 뒤에 죽고 말았다(물론 다른 죄수들은 곧 죽었다). 이러한 시술방법은 곧 특별한 명칭 - 즉 '기관지절개술' (bronchotomy)라는 명칭이 붙여졌다. 이 시술은 다른 경우에도 많이 사용되었고 때로는 성공적인 경우도 있었다. 교수형과 사체절단을 둘러싸고 미신이 횡행했던 것은 의심의 여지가 없다.

그러나 일반적으로 교수당한 후에 소생한 것이 어느 정도는 현실적이었다는 점을 기억해 두어야 한다. 형집행관은 돈을 받고 미리 밧줄을 끊어버릴 수도 있었고, 매듭을 다른 곳에 맬 수도 있었으며 - 유명한 도드 박사의 예에서처럼, 실제로는 허리를 받치고 있으면서도 다리를 붙잡는 척 할 수 있었던 것이다.

점차 의사들과 필딩이나 마단과 같은 옹호자들의 선동으로 처형에 대하여 매우 강경한 노선이 택해졌다. 1724년 뉴게이트 감옥에서 두 번씩이나 탈옥했던 악명 높았던 잭 쉐퍼드(Jack Sheppard)는 시체에 대하여 권리를 주장한 사람들에 대하여 폭동을 일으킨 다음,[29] 세인트 마틴-인-더-필드(St. Martin-in-the-Field) 교회에 묻혔다. 그의 동료들이 그를 소생시키는 것을 용납하지 않았던 것이다. 또한 신체절단도 용납되지 않았다. 1750년 세인트 가일즈(St. Giles)에서는 파티 때 술

28) Potter, *The Fatal Gallows Tree*, p.78.
29) W. McAdoo, *Procession to Tyburn* (New York : Boni and Liveright, 1927), pp.272-288.

을 마시는 전통이 금지되었다. 1752년에는 법률에 따라 신체절단을 행했고 시체를 형틀에 넣도록 규정했다. 1783년에는 행진이 폐지되고, 처형 장소도 뉴게이트 감옥 앞에 있는 노천으로 되었다. 이 때 높은 곳에서 떨어뜨리는 방법이 교수형의 표준적인 방법으로 채택되었다.

행진이라는 시끌벅적한 행위는 사라졌지만 - 존슨 박사(Dr. Johnson)는 행진이 죽음을 눈 앞에 둔 죄인이 도덕적으로 지지를 받을 수 있는 장면이라고 생각했다 - 처형은 여전히 대중들의 구경거리였다. 1807년 홀로웨이(Holloway)와 해거티(Haggerty)를 처형했을 당시 무려 40,000명이나 되는 구경꾼들이 모여들었다. 폰텔로이(Fauntelroy) 때에는 자그마치 100,000명이었다. 사람들이 군중들 틈속에서 밟혀 죽는 일도 있었다. 바깥을 바라볼 수 있는 집의 유리창은 한개당 2파운드씩 돈을 받고 대여되었다. 뉴게이트의 교도소장도 어쩔 수가 없었다. 그는 교수형이 집행되던 날은 의례 개인파티를 열었다고 한다. 그의 초대장에는 다음과 같이 적혀 있었다. "오늘 8시에 공개처형이 있습니다. 아침식사는 9시입니다." 공개처형은 1868년 폐지되었다. 공개처형이 '개인적'인 것에 그쳤는지는 의심스럽다. 왜냐하면 많은 사람들이 감옥 안에 초대되어 교수형을 보았기 때문이다. 그러나 공개처형의 망령은 상당한 논란이 전개되는 가운데 대중의 격한 감정에서 제거되었다. 그것이 '인간적'이었는지 하는 문제는 별개의 문제이다. 혹자는 그렇지 않았다고 주장한다. 공개처형의 폐지에 대하여는 제9장에서 다시 언급할 것이다.

미국에서의 교수형 '문화'

19세기까지 초기 식민지 미국에서도 공개처형이 유행했다. 초기 식민지 시절에는 母國인 영국보다도 형벌이 덜 엄했을 것이다. 윌리암 펜(William Penn)이 집권하던 시절 펜실바니아의 퀘이커교의 영향으로 잠시 사형이 폐지된 때도 있었다.[30]

30) 그러나 펜은 낙인형과 채찍형 그리고 신체절단형을 도입했음에도 불구하고 이에 대하여는 전혀 후회하는 내색을 비추지 않았음도 유념해야 한다.

종교적인 광포함도 찾아볼 수 없었다. 한 통계에 따르면,[31] 식민지 시절 처형된 마녀의 숫자는 총 35명으로 그중 절반이 살렘(Salem)에서 처형되었다. 이에 비해서 영국에서는 모두 30,000명, 프랑스에서는 75,000명, 그리고 독일에서는 모두 100,000명 가량이 마녀재판으로 처형되었다. 미국에서는 마녀와 이교도에 대하여 주로 교수형을 처형방법으로 채택했다. 또한 영아살해 등의 폭력범죄에 대하여도 교수형이 사용되었다. 18세기 조지 2세와 3세에 의하여 공포된 엄청난 숫자의 사형범죄는 이론상으로는 보통법상 모든 식민지에도 적용되었다. 그러나 식민지에서는 대부분 독자적인 법전을 만들어 적용하고 있었다. 재산 보호에도 심혈을 기울였으나 이러한 살벌한 법률이 엄격하게 적용된 예는 드물었다. 집행유예나 사면 또는 감형이 자주 행해졌으며, 관계 당국에 의하여 주로 처형의 마지막 순간에 내려지곤 했다.[32]

당시 공개처형을 묘사하거나 기술한 것을 보면 영국 런던에서 행해진 것과는 다소 다른 점들을 발견할 수 있다. 공개처형이 일종의 구경거리였다는 점은 같지만 교수형장에서 보여진 행동들은 오히려 침착하고 질서정연했다. 런던시민들이 보인 정신착란의 기미도 찾아볼 수 없었다. 설교도 엄숙하게 행해졌고, 교수형이 집행되는 동안 장엄하게 찬송가가 울려퍼지기도 했다. 범죄자의 고백을 출간했던 영국과는 달리, 미국에서는 지옥의 참상을 설교한 목사의 설교집이 출간되었고, 18세기 말에는 교수형이 全美 지역에 확산된 감리교(Methodism)에 적합하기도 했다.

실제로 보스톤에서 처음 출간된 책은 1675년 공개처형에서 설교한 인크리스 마더 목사(Reverend Increase Mather)의 ≪사악한 인간의 몫 *The Wicked Man's Portion*≫이었다.[33] 여기에서는 타이번에서와 같이 어떤 위선이나 냉소를 찾아볼 수 없었다. 목사들도 헛소리만을 늘어놓는 자가 아니었다. 목사들은 자신이 믿는 바를 설교했으며, 사람들도 그

31) W. F. Poole, "Witchcraft in Boston", in J. Winsor, *The Memorial History of Boston* (Boston : J. R. Osgood and Co., 1881), Vol.II, p.131.
32) N. Teeters, *Hang by the Neck* (Springfield, III.: Charles C. Thomas, 1967), pp.59f.
33) *Ibid.*, p.76.

것을 신중하게 받아들였다. 왜냐하면 미국에서는 공개처형으로부터 개별처형으로 옮겨가는 데에는 많은 시간이 걸렸기 때문에 그들은 아마도 모든 것을 너무 신중하게 받아들였을 것이다. 그렇지만 공개처형이 폐지된 것은 영국보다도 빨랐다. 1787년 벤자민 러쉬(Benjamin Rush)는 공개처형을 비난하는 글을 썼는데, 1830년대와 40년대까지 많은 州들이 공개처형을 감옥 내부에서 실시했다 - 그래도 많은 사람들이 내부로 들어오는 것을 막지는 않았다. 미국에서 행해진 마지막 공개처형은 1936년 8월 14일 켄터키에서였다. 당시 20살의 흑인 청년이 2만 명이나 되는 군중들 앞에서 처형되었다. 죄명은 칠십 먹은 노파를 폭행했다는 것이었다.

그러나 미국에서 교수형을 행할 때 어떤 군중심리적인 정신착란이나 히스테리가 보여지지 않았다고 하더라도 그것이 어떤 '왜곡된' 낭만주의적 성격을 가진 것은 분명했다. 미국에서는 다른 어느 곳보다도 많은 민요와 춤곡이 오랫동안 발전되었는데, 이는 특히 18, 19세기에 그랬다. 이것은 범죄자의 슬픈 인생과 처참한 말로를 시사해 주고 있는 것이다. 가장 잘 알려진 곡이 바로 예컨대, 제시 제임스(Jesse James), 빌리 더 키드(Billy the Kid) 등 서부의 무법자들을 노래한 곡들이다. 보니와 클라이드(Bonnie and Clyde)의 삶(과 죽음)도 불멸의 '보니의 노래'(Bonnie's Ballad), 즉 "보니와 클라이드의 죽음"(It's death to Bonnie and Clyde)으로 불려졌다. 그 외에도 많은 '최근의' 범죄자들을 노래한 곡들이 많다. 영웅을 숭배하듯이 노래한 이러한 곡들은 그러나 "범죄자들은 그들에게 닥친 것을 받았다"고 하는 내용을 담고 있다. 다음의 가사는 "찰리 버거의 죽음"(The Death of Charlie Burger)이라는 곡의 가사이다. 버거 일당들은 남부 일리노이즈에서 밀수중개를 하는 쉘턴 갱들과 싸웠다. 찰리는 1928년 4월 19일에 교수되었다.

> 내 산적 얘기 하나 해 줄까
> 그는 서쪽에서 왔지
> 아무 것도 배운 적이 없었지만
> 너무 늦어버렸어

이 사내는 용감하고 태평스러웠지만
깡패 두목이었지
그러나 그의 용감성도
법이 "너는 교수형이다"라고 말했을 때에는
그를 구해낼 수 없었지

* * * * * * * * * * *

십계명은 우리에게
곧고 좁은 길만을 가르쳐 주지
이를 지키지 않으면
그 대가를 치러야만 한다네
우리 모두 주님을 대면해야 하네
마지막 심판대에서
우리는 모래 위에 세워진
집의 의미를 배운다네[34)]

18. 19세기 미국에서도 집단교수형(mass hangings)이 행해졌다는 기록이 남아 있다. 1741년 18명의 흑인이 교수되었고 11명이 화형당했다. 그와 함께 4명의 백인이 뉴욕市를 방화하려는 음모를 꾸몄다고 하여 교수되었다. 특별공휴일이 선포되었지만 영국과는 달리 그 휴일은 교수형을 행하는 날이 아니라 액땜을 한 것을 하나님에게 감사드리는 날이었다. 1862년 12월 26일 38명의 수族 인디안들(Sioux Indians)이 500명의 남녀 및 아이들을 죽인 全 부족을 대신하여 참회로서 교수되었다. 19세기 말엽 젊은 흑인이 공개처형의 주요 대상이 되었다. 1868년 3월 멤피스의 신문에 익명으로 실린 다음의 시는 그 흑인의 처형에 오래된 복수의 감정이 짙게 배어 있다.

외로운 부엉이가 세 번 울고 있구나
표범도 이를 따라 세 번 운다
어둠 속에서 빠르게
죽음의 死者가 달려온다
나팔소리도 없고
북소리도 들리지 않건만
그러나 복수는 소리없이 다가오고

34) O. W. Burt, *American Murder Ballads and Their Stories* (New York : Oxford University Press, 1958), passim, stanzas from pp.214-215.

죽음의 使者는 어디서든지 복수하는구나

- 쿠 크룩스(Ku Klux) - [35)]

결 론

우리는 지금까지 다음과 같은 점들을 살펴보았다. 즉 범죄자들이 어떻게 교수되었는지, 그들의 시신이 어떻게 매매되고 절단되었는지, 형사사법제도상 교수형이 그 폐해가 얼마나 컸는지, 상거래와 무역 그리고 재산취득에 골몰한 의회가 얼마나 무관심하게 그러한 법률들을 제정했는지, 정통 성직자들이 어떻게 교회와 가난한 자들을 저버렸는지, 그리고 웨슬리가 군중들에게 어떻게 희망을 주고 죽음의 의미를 제공해 주었는지를 말이다. 18세기는 그동안 무의식 속에 잠재하고 있던 형벌의 儀式的이고 신성하며 원시적인 모습이 법정, 교수형장, 교수대에 이르는 행진, 그리고 의사들의 강당 속에서 붉어져 나온 때이다. 서양문명의 형벌은 이제 청년기를 맞이한 것이다.

지금까지 나는 18세기 형벌의 어두운 면을 기술했다. 그러나 '밝은' 면도 있다. 비슷한 문제를 여러 명의 과학자들이 독립적으로 연구하여 위대한 과학적인 발견이 이루어지는 것과 마찬가지로 형벌에 있어서도 그러한 위대한 발전이 행해지게 된 것이다.

35) *Ibid.*, p.162.

제8장 훌륭한 공리주의 형벌론

제8장 훌륭한 공리주의 형벌론

"개혁은 개로부터 뼈다귀 하나를 빼앗는 것에 있다" (Reform consists in taking a bone away from a dog)[1]는 말이 있다. 개혁을 위한 첫번째 명백한 요구는 1764년에 출간된 벡카리아(Cesare Beccaria)의 ≪범죄와 형벌 *On Crimes and Punishments*≫에서 나왔으며, 영국에서는 모든 것이 갑자기 바뀐 1820-30년대에 이르러서야 비로소 입법개혁이 시작되었다. 그 뼈다귀를 잡아당긴 것은 두 가지 큰 힘이었다. 즉 '사상의 힘'과 '대중의 힘'이 바로 그것이다. 이 두 힘은 종종 조화롭게 작용하지는 않았는데, 이 때문에 의회는 그 뼈다귀를 오랫동안 붙들고 늘어질 수 있었다. 그러나 이 두 가지 힘은 형법의 억압과 나아가 의회의 억압이라는 동일한 문제를 제거하는 것과 관련되어 있었다.

이 章에서는 공리주의자들과 18세기의 다른 개혁가들에서부터 비롯된 수많은 사상에 대하여 살펴볼 것이다. 형벌에 관한 한, 이 시대의 주요한 이론가로서는 벡카리아와 벤담(Jeremy Bentham)이 있다. 그리고 주요한 실용주의자로서는 형사법원의 치안판사였던 헨리 필딩(Henry Fielding)이 있다.

비록 실용주의자들과 이론가들이 형벌의 개혁에 관한 많은 문제들에 있어서 상반된 입장을 취했지만, 이 모든 위대한 사상가들은 하류계층이 처한 상황에 대하여 올바른 인도주의적 목적과 새로운 생각을 표현했다. 이것이 바로 당시 유럽을 풍미했던 '박애주의'의 한 부분이며, 이는 부분적으로는 몽테스큐(Montesquieu)와 같은 위대한 지식인들의 모임에서 발현된 프랑스 백과전서파의 위대한 업적의 결과로서 나타난 것이었다.

중세사회가 지나가자 '복지'에 관하여 인식하기 시작했다. 더 이상 주인이나 노예, 영주와 농노, 영원한 것과 불변인 것이라는 구분이 없게 되었다. 18, 19세기에는 새로운 부유층이 등장했다. 또 옛날에는

1) 존 제이 채프맨(John Jay Chapman)의 말이다.

부자였지만 이제는 가난한 자도 있었다. 그리고 빈곤계층의 숫자도 이제는 급격하게 증가했다. 상류계층의 지위는 더 이상 법으로 유지되는 것이 아니었고, 오히려 근면과 절약 그리고 지식으로써 얻을 수 있는 그런 것이었다. 18세기가 끝날 무렵 미국의 독립전쟁, 프랑스 대혁명 등과 같은 민중의 힘의 행사로 인하여 민중들이 국가를 힘으로 전복할 수 있는 힘을 가질 수 있다고 하는 생각을 '신흥계층' 지식인들이 갖게 되었다. 따라서 빈민계층의 고충에 대한 새로운 인식이 봉건주의적 사고방식에 안주했던 영주와 신하 사이의 절대적인 심리적 장벽을 깨부수게 되었다.

대중들이 처한 고충을 인식하는 것과 당위적으로 행해져야 할 것을 주장하는 것은 별개의 일이다. 빈민계층에 대한 인식이 증가하게 되자 그 빈민계층을 더 억압하고 더 심하게 다루려는 '유산계층'의 반작용이 나타나기 시작했다 - 이것은 폭도들로부터 전복당할 수 있는 위험에 처하게 됐을 경우 누구라도 당연히 대처하게 되는 것이다.

형벌에 대한 많은 새로운 사상 역시 이 당시 증가일로에 있던 합리주의에서 비롯되었다. 자연과학의 발달은 그야말로 엄청난 것이었다. 前세기에 홉스가 주장한 바와 같이 물질세계는 물질로서 연구되었다. 이전에는 오직 神만이 이해할 수 있는 초자연적인 영적 세계, 즉 혼돈의 세계라고 생각되었던 것들이 과학자들의 주도면밀한 조사에 의하여 밝혀지게 되었다. 그러나 자연과학과는 달리 사회라는 세계는 더 자세히 보면 볼수록 더 혼란스럽기만 했다. 사회적 관계, 사회제도 또는 정치에 대하여는 합리적으로 관찰할 수가 없었다. 따라서 이에 대하여 합리성을 부여할 필요가 있게 되었다.

그것은 특별한 종류의 합리성이었다. 즉 그것은 아리스토텔레스의 논리를 사회문제의 해결에 엄격하게 적용할 필요가 있는 것이었고, 두 가지 명백히 고유한 진리 - 효용의 원칙(the principle of utility)과 쾌락과 고통의 원칙(the pleasure-pain principle) - 를 그대로 받아들여야 하는 것이었다. 벤담은 그러한 체계를 수립하는 데 자신의 일생을 바쳤다.

다음에서 나는 18세기에 주장되었던 개혁을 위한 개량주의적인 주장

을 여기서 함께 논하기로 한다. '최대다수의 최대행복'이라는 원칙에 기반을 둔 많은 개혁들이 제안되었지만 많은 사람들은 이에 반대했고, 단지 범죄와 형벌에 관하여 상당히 다른 관점을 가지고 있었던 사람들만이 사실상 그것을 옹호했다고 볼 수 있다. 공리주의적인 제안에 대하여 극심하게 반대했던 사람은 바로 헨리 필딩이다. 그는 형사소송절차에 관하여 첫번째로 실용주의적인 지식을 가졌던 유일한 개혁가였다. 파레이(Paley)와 마단 목사와 같은 다른 개혁가들은 공리주의자들로부터 옹호자 또는 변명꾼이라고 조롱받았다.

보통 유명한 ≪범죄와 형벌≫ 때문에 벡카리아를 최초의 형법개혁가로서 가장 높은 위치에 두고 있다. 그가 이러한 위치에 서게 된 것은 형벌개혁사상을 처음으로 논했기 때문이 아니라 - 왜냐하면 대부분의 사상들은 이미 당시의 사상가들이나 그 전의 사상가들이 논했었기 때문이다 - 이러한 논의들을 한데 묶어 전제주의적인 형법에 대하여 준엄한 판결을 내린 매우 간결하고 분명한 책을 썼기 때문이다. 그 책은 완만하고 절제된 문체로 쓰여져 과격한 비판을 피할 수 있었다. 그를 당시의 다른 저술가들로부터 명백하게 구분하여 주는 것이 하나 있다. 즉 벡카리아가 사형의 폐지를 주장한 점이다. 그러나 일반적으로 형법의 개혁을 위한 주장은 반동적인 주장이었다. 즉 형벌개혁사상은 기존의 형법과 그 운영상의 명백한 모순, 불의, 그리고 독재에 의하여 자극을 받았던 것이다. 우리는 또한 개혁을 위한 움직임이 유럽 - 형법의 체계가 여전히 이탈리아의 규문주의 교회재판에 의하여 지배되었던 - 에서 이데올로기적 기반을 가지고 있었던 점을 기억해야 한다. 영국의 사회생활이 18세기에 혼란을 거듭했음에도 불구하고, 영국의 형법은 유럽의 종교재판보다 훨씬 더 많은 자유를 사람들에게 가져다 준다고 하는 믿음에는 조금의 흔들림도 없이 만족하고 있었다. 따라서 대부분의 초기의 비판들이 유럽에서 나왔다는 사실에 놀라울 것이 없다.

이러한 사상의 대부분은 영국의 위대한 공리주의자인 벤담보다 앞서므로 벤담에 관하여는 잠시 언급을 회피하기로 한다. 후일 이러한 원칙들을 자신의 공리주의 형벌론으로 구체화했던 사람이 바로 벤담이다. 그가 입법에 기여한 것은 훨씬 더 광범위하고 효과적이었다고 할

수 있으므로 그는 따로 떼어 논하기로 한다.

개혁과 옹호

불필요한 잔혹성의 배제 제3장에서 논한 대부분의 사형의 형태가 여전히 영국이나 다른 유럽의 곳곳에서 시행되었다. 예컨대, 1762년에만 해도 볼테르(Voltaire)는 車裂刑[2]을 당한 툴루즈의 장 칼라(Jean Calas)를 옹호했는데, 이러한 형벌은 19세기에도 여전히 계속되었다.[3] 분명히 앞서 언급했던 모든 신체형과 절단형은 18세기도 여전히 시행되고 있었다. 일반적으로 혁신적인 사상가들이 신체형의 폐지나 감소를 옹호했던 것은 아니다. 벡카리아도 폭력범죄에 대한 신체형을 옹호했다.[4] 따라서 유럽인들이 형벌의 완화를 주장하게 된 것은 신체형 자체의 폭력에 대한 반응이었다기보다는 오히려 그들이 보았던 신체형에 대하여 행해진 전제성에 대한 반응이었다. 결국 벡카리아는 종신형이 사형보다 더 엄한 형벌이고, 이에 따라 종신형이 사형 대신에 대체되어야 한다고 주장했다. 여러가지 점에서 벡카리아보다 선행했던 몽테스큐는, 형벌이 너무 잔혹하면 충분히 기소할 수 없게 되지만, 형벌을 완화하면 사람들은 정당하게 증인 또는 협력자로서 반응하게 된다고 주장했다.

유럽에서는 피고인이나 증인 모두로부터 자백을 얻기 위하여 고문이 흔하게 사용되었다. 이것은 규문주의 종교재판이 행해졌던 시대의 유물이라고 할 수 있다. 영국에서 이것과 비슷하게 행해졌던 것으로는 壓殺刑(peine forte et dure)이 있는데 이것은 피고인이 자백을 거부할 때 사용하는 것이었다. 여하튼 백과전서파와 영국의 개혁가들은 모두 수사나 재판과정에서 행해진 잔인성을 배제하기를 주장했다. 자백을 얻기 위하여 고문을 사용한 것은 재판에서 행해진 비밀이 새어나가지

---

2) C. Phillipson, *Three Criminal Law Reformers* (Monclair, N.J. : Patterson-Smith, 1970), p.57.
3) 영국에서는 1834년에 폐지되었다.
4) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*, p.62.

않도록 한 것으로서, 이는 규문주의 종교재판절차의 실무상 핵심적이고도 필요한 것이었다. 그러나 영국에서는 이와 달랐다. 사법은 공개적이었으며, 거의 철저하게 행해졌다.[5]

요컨대, 그러한 주장들은 형벌의 완화 - 극심한 잔인성, 즉 '공포에 의한 억제'에 대한 반대 - 를 위한 것이었는데, 1785년 영국의 목사인 마단과 같은 사상가들은 폭력범죄율이 엄청난 것을 보고 형벌의 완화를 주장했다. 그러나 형벌이 완화된다면 어떻게 완화할 것인가를 결정하는 방법이 있어야 한다. 효용성의 원칙이 바로 이 문제에 대한 해답(또는 그에 대한 필요)을 제시해 주었다.

범죄에 비례하는 형벌 이 원칙을 해석하는 데에는 여러가지 방법이 있으나 우선 범죄가 경중의 차이에 따라 비례적으로 구분될 수 있다는 식으로 범죄를 특정할 필요가 있다. 전통적으로 영국의 형법은 범죄가 가지는 '심각성'(seriousness)의 정도, 즉 重罪와 輕罪에 따라 범죄를 구분하여 발전해 왔다. 공리주의자들은 범죄의 무게는 그것이 사회에 유해한 정도에 따라 측정할 수 있다고 주장하여 이 문제를 해결했다. 이러한 방식으로 그들은 자신들의 유물론적인 세계관을 확대시켜 갔으며, 모든 범죄는 본질적으로 미리 정해진 - 물론 神만이 밝힐 수 있는 - 정도에 따라 구분되어야 한다는 문제를 회피했다. 특히 몽테스큐와 같은 공리주의자들은 형벌의 주요한 목적이 사회의 질서확립이라고 보았기 때문에, 이에 따라 재산범이든 폭력범이든 간에 각 범죄마다 그에 따른 형벌의 정도를 측정할 수 있다고 주장했다. 이러한 경향으로 인하여 형벌의 형태를 범죄의 형태로부터 도출하려 했다[6] - 우리가 아는 바와 같이 이것은 역사적으로도 오랫동안 실시되었던 관행이다. 따라서 벡카리아가 폭력범죄에 대하여는 신체형을, 그리고 많은 재산범죄에 대하여는 벌금형을 주장한 것은 당연하다고 하겠다.

사회에 대한 해악(또는 침해)에 따라 범죄의 심각성을 측정한다는

---

5) 라지노비츠의 ≪영국 형법 *English Criminal Law*≫은 영국의 공개재판주의와 고문이 거의 사용되지 않은 것을 외국인의 눈을 통해 본 내용을 잘 묘사해 주고 있다.
6) *Ibid.*, p.271.

주장은 형법상으로는 동의를 받지 못했다. 그 주된 이유는 그런 생각은 영국과 유럽의 형법에서 가장 중히 여기고 오래된 개념을 뛰어넘는 것이었기 때문이다. 그 개념이란 바로 고의, 즉 죄를 범할 의사인 것이다. 벡카리아는 이것이 너무 변화무쌍하여 법관에게 너무 많은 재량을 주기 때문에 범죄의 심각성을 측정하는 기준으로서의 고의를 반대했다. 그는 심각성을 결정하는 기준으로서 죄의 양과 피해를 본 사람의 신분(또는 지위)을 배척했다.

요컨대, 백과전서파와 벡카리아는 (1) 형벌은 범죄의 성질에 꼭 맞게 부합하여야 하므로 범죄와 형벌 사이의 선은 분명히 그어질 수 있다, (2) 가장 중한 형벌에 대한 적절한 상한선이 있어야 한다, (3) 형벌은 다른 처벌과도 비례적이어야 하며, (4) 범죄의 무게를 측정할 수 있는 가장 중요한 열쇠, 즉 적절하고 비례적인 형벌은 사회에 끼친 해악의 양만큼이어야 한다는 사실들을 주장했다. 이러한 목적을 성취하기 위하여는 형법의 全체계가 발전되었어야 했을 것이다. 그러나 공리주의자들 중의 어느 누구도 - 심지어는 벡카리아조차도 - 이것을 하지 못했다. 그도 그럴 것이 벡카리아는 법률에 대한 직접적인 지식도 없었으며, 또 법학교육도 받지 못했기 때문이다. 이러한 작업은 후일 벤담이 맡아 행하게 된다.

형벌의 신속성 어떤 제도개혁가나 '옹호자'들도 신속한 형벌에 대하여 반대하지 않았다. 헨리 필딩은 범죄자를 사형시키는 데 몇 달이나 걸렸던 영국의 형사소송절차를 가장 비판한 사람이었다. 그는 범죄자들이 행한 범죄의 잔인성은 그들이 교수대에 이를 때쯤에는 잊혀져 폭도라기보다 오히려 영웅처럼 대접받는다고 말했다.[7] 필딩은 사형의 집행은 선고가 있자마자 바로 행해져야 한다고 주장했다. 몽테스큐와 벡카리아도 같은 이유로 신속한 형벌을 주장했다. 그래야 사람들은 범죄와 처벌 사이의 관계를 분명히 인식할 수 있기 때문이다.[8]

형벌의 확실성에 대한 의견 불일치 이 문제에 대하여는 상당한 논

7) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*, p.62.
8) Fielding, *The Late Increase in Robbers.*

란이 있었는데 이는 오늘날에도 마찬가지이다. 마단 목사와 헨리 필딩은 엄격한 법 - 모든 법 - 의 집행을 주장하여 사람들로 하여금 정의가 행해진다는 것을 알게끔 해야 한다고 주장했다. 필딩에 따르면, 엄격성은 자비보다도 더 미덕이 된다고 했고, 그 외에도 많은 생명을 구할 수 있다고 주장했다. 즉 사람들은 형법이 일상생활에 적용되는 것을 보고 행동을 억제한다는 것이다.[9] 필딩과 마단, 벡카리아와 몽테스큐는 모두 사면의 관행을 엄하게 비판하는 점에서 형벌의 확실성을 주장했다. 벡카리아나 몽테스큐는 법이 다른 것보다 문자상으로도 명확하고 그 적용에 있어서도 확실하여야 한다는 견해를 가지고 있었다. 그래야 불공평을 낳는 재량의 여지가 없어지게 된다는 것이다. 게다가 낙관주의적인 견해를 가지고 있었던 벡카리아는 형벌이 완화될수록 자비로움이 덜 필요할 것이라고 했다.

그러나 이러한 견해에 반대하는 사람들도 있었는데 그 가운데에는 1785년 방대한 저술을 남긴 영국의 형법학자 파레이(Paley)가 있다. 파레이는 기존의 제도를 옹호한 자로 비웃음을 샀다. 왜냐하면 그는 범죄의 심각성과 예방목적에 관하여 공리주의적인 주장을 많이 받아들였기 때문이다. 그러나 그는 형법의 완전한 시행이 억지효과를 달성하는 데 필요하지 않다고 주장했다.[10] 이 견해는 파레이보다 수년 선배인 에드워드 코크 卿(Sir Edward Coke)의 견해인데, 그는 범죄를 자주 처벌하면 할수록 사람들은 더 많이 범죄를 범하게 된다고 주장했다. 이 두 이론가들은 사형에 처할 수 있는 범죄가 많은 제도하에서는 법률에 씌여진 대로 집행될 수 없다고 주장했다.

유럽의 공리주의적 개혁가들이 형벌의 완화를 주장하면서도 엄격한 법의 집행을 주장한 것은 매우 흥미로운 일이다. 사실 그들은 엄격하고, 상당히 강하게 통제된 형사사법 모델을 옹호했다. 아마도 이 때문에 그들이 개혁하고자 했던 것들이 결코 채택되지 못했을 것이다. 또한 이것은 형벌의 '치료' 모델을 지지한 비슷한 주장이 나온 20세기에 공리주의자들이 상당한 비판을 받았던 이유도 될 것이다.[11]

9) *Ibid.*, p.118.
10) Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.255.
11) 제10장 참조.

또 20세기에 들어와 기존의 18세기 제도를 옹호했던 자들이 그들의 논거를 응보주의 원칙에 두지 않았던 것도 매우 흥미롭다. 그와 반대로 오히려 그들은 그들이 추구하는 제도가 공리주의자들의 제도보다 더 많은 범죄를 예방할 수 있다고 하여 개혁가들과 같은 옹호기반을 채택했다.

재량과 법률의 특정 벡카리아는 법관들이 군주나 폭군처럼 상당한 재량을 행사한다고 보았다. 그는 법관이란 입법자가 아니며 따라서 그들은 법을 해석할 수 있는 권한이 없다는 이유로 사법부의 재량권을 반대했다. 물론 이것은 약간 억지 주장에 가깝다. 왜냐하면 법관은 그러한 일을 하도록 교육받았다고 인정되기 때문이다. 이러한 주장은 규문주의 종교재판으로 인하여 사법부가 엄청난 권한을 가진 유럽의 경우에만 적용한다면 가능할 지도 모른다. 영국에서는 이러한 경우가 전혀 없었으며, 라지노비츠와 같은 학자는, 법관이란 재량권을 거의 가지지 않고 법문에만 너무 엄격하게 매어 있을 필요성을 감수하고 있으며, 많은 사건은 사소하고 부적절하기 때문에 기각된다고 주장했다.[12] 또한 배심제도도 피고인이 유죄인가, 심지어는 어떤 범죄로 기소되었는가를 판단하는 데 있어서도 법관을 제한한다고 했다. 왜냐하면 배심원들은 도난당한 재산의 가치를 평가저하시킬 수 있기 때문이다.

벡카리아는 마치 폭군에게나 필요한 이러한 재량에 대하여 이를 신랄하게 비판하면서 다음과 같이 두 가지 사항을 제안했다. 즉 첫째, '법의 정신'의 해석은 어떻게 해서든지 피해야만 한다. 왜냐하면 그렇게 한다면 너무나도 많은 재량을 허용하게 되기 때문에 이는 곧 불공평을 낳기 때문이다. 둘째, 법문은 명확하고 간단하게 씌여져야 한다. 애매모호한 법률은 자의적인 해석을 낳을 뿐이고, 그것은 곧 법관의 남용을 의미하기 때문이다. 그러나 이것은 일반론일 뿐이며, 벡카리아나 그 시대의 어떤 사람도 어떻게 법을 단순화시켜 명확히 하여 재량을 피할 수 있게 하는가에 대한 분명한 내용을 제시하지는 않았다. 오히려 그랬기 때문에 아마도 그의 짧은 저서가 순식간에 명성을 얻어

12) Radzinowicz, *English Criminal Law*, passim.

全 유럽에서 극찬된 이유일 것이다. 즉 그는 세련된 논리로 아주 일반적인 수준에서 전유럽을 통하여 다양한 형법제도에 적용할 수 있는 주장을 표현했다. 그러나 그것을 형법과 형사소송법에 실제로 적용하는 것은 별개의 문제이다. 그 책은 공격방법을 자세히 적은 계획서라기보다는 오히려 어떠한 의도를 서술해 놓은 것이다. 또한 형벌의 개별화가 합리적인지, 따라서 재량이 적합한 것인지 하는 개별적인 사례를 인식하지도 않았다. 이 문제를 언급한 것은 바로 후일에 등장한 벤담이다.

형벌의 목적은 범죄를 예방하는 것이다 기존 형벌의 개혁자나 옹호자 중의 어느 누구도 이 전제를 문제삼지 않았다. 형벌의 목적은 범죄의 예방에 있다기 보다는 잘못한 것에 대한 교정이라고 보는 응보주의적 견해의 기본적인 개념일 경우에는 어떻게 생각할까 하고 사람들이 궁금해 하는 것도 당연하다. 물론 예방은 - 멀리 플라톤에까지 거슬러 올라가 - 다른 사람들이 범죄를 하지 못하게 하는 것이든,[13] 아니면 형벌을 시행하지 않으면 발생할지도 모르는 재앙을 예방하는 것이든 간에, 예방은 언제나 형벌의 중심적인 요소였다. 옹호론자들과 개혁가들 사이의 차이는 형벌이 작용하는 것을 보는 방법이다. 논란이 있을 때 형벌의 엄격성을 줄이면 범죄가 - 특히 입법자들이나 경찰이 항상 근심하는 사회폭력과 혼란이라는 측면에서 - 감소할 것이라고 하는 것이 바로 공리주의자들의 신조로 인정되었다. 필딩은 법관의 지위를 다음과 같이 요약했다. 즉 "사면은 사람들을 교수대로부터 구해주기 보다는 더 많은 사람들을 교수대로 보낸다."[14]

아무리 생각해 보아도 가장 우위를 지키는 것이 일반예방이라는 것은 명백하다. 왜냐하면 적어도 영국에서 집행된 형벌은 누구의 눈에도 띄이는 것이었으며 많은 경우 대중이 참가하는 가운데 행해졌기 때문이다. 칼형, 차꼬형틀, 낙인형, 재갈 등등의 형벌이 내려질 때 사람들은 이에 참여했으며 공개처형도 마찬가지였다. 모든 범죄자들은 첫째로는 다른 사람들에게, 그리고 둘째로는 자기 자신에게 어떤 실례가

13) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*, p.59.
14) Fielding, *The Late Increase in Robbers*, p.120.

되었다. 특별예방으로서의 형벌이 주요한 관심사가 된 것은 특히 사회복귀이념과 치료이념이 도입된 이후인 최근의 일에 불과하다.

우리는 18세기 동안 이러한 형벌이 집행되었던 정치적 상황을 잊어서는 안된다. 민중이 걷잡을 수 없게 되어 통제불가능하게 되었을 때 민중이 무슨 일을 벌일지 정부는 두려워 했다. 따라서 정부가 형벌을 민중들에게 교훈을 가르치고 모범을 보이는 교육적 기능을 가진 것으로 본 것은 당연하다. 이것은 반역자인 브랜드레스(Brandreth)나 카토스트리트(the Cato Street) 음모단을 처벌한 것을 보면 분명히 알 수 있다. 이들에 대하여는 다음 章에서 살펴볼 것이다.

따라서 일반예방으로서의 형벌은 개혁가들이나 보수주의자들이 의심할 바 없이 최고로 삼은 주장이다. "(응보는) 그 자체로서 공정하다"는 생각은 결코 발생하지 않았다. 사실상 공리주의자들은 한 걸음 더 앞서 나갔다. 그들은 처벌할 수 있는 권한을 정당화해야만 했다.

형벌권 필딩과 같은 형법실무가나 블랙스톤과 같은 형법이론가들에게는 형벌권을 정당화시켜야 한다는 생각이 떠오르질 않았다. 영국의 형법은 법관과 입법자들에 의하여 존중되었다. 필딩은 법률은 좋으나 법의 집행에 잘못이 있다고 확신했다.[15] 그리고 또 수세기 동안 집적된 판례에 의존하면서 블랙스톤과 같은 존경할 만한 형법이론가가 어떻게 형벌권에 문제를 제기할 수 있겠는가? 분명히 그 권리는 영국이라는 영원한 제국에서만 나온 자연적인 것이었다. 그것이 집적된 것이 바로 보통법이다.

그러면 왜 공리주의 개혁가들이 형벌의 사용을 정당화할 필요성을 구해야만 했을까? 이것은 중요한 문제이다. 왜냐하면 우리는 나중에 그것이 20세기에 와서 형벌에 대한 철학적인 논의로서 중요한 측면이 되었다는 것을 알게 되기 때문이다. 18세기, 특히 18세기 후반은 개인의 자유에 대하여 많은 말들이 주장된 시기였고, 이는 후일 프랑스와 미국혁명의 모토가 되기도 했다는 점을 기억해야 할 것이다. 한편, 공리주의자들은 '萬人에 대한 萬人의 투쟁'이라는 홉스의 견해를 여전

15) *Ibid.*, p.55.

히 신봉하고 있었는데, 그 이유는 그들이 쾌락-고통 원칙에 따라 개인의 행동을 이해했기 때문이다. 개인은 자신의 쾌락을 추구하므로 영원한 혼란에 빠져 있는 사회상을 쉽게 상상할 수 있다. 그리고 사실상 새롭게 '쾌락으로 충만된' 생활을 빈민계층에게 돌려 영국의 생활은 그야말로 홉스가 말한 그대로를 반영하는 것 같았다. 그러나 홉스와 루소 이후 개인은 자신의 쾌락(쾌락을 추구할 자유)의 일정 부분을 포기해야 사회가 건설되고 질서가 유지될 수 있었다. 어떻게 혼돈 속에서 쾌락을 얻을 수 있을까? 그러한 가능성은 무제한한 쾌락의 추구를 주장했던 사드(Marquis de Sade)와 같은 극단적인 사상가라면 모를까 이들 공리주의자들은 거의 생각할 수 없었다.

어쨌든 이들 공리주의자들이 개인의 자유를 군주(또는 국가)의 권한보다 우선시했기 때문에 그들은 형벌의 사용을 정당화할 필요가 있었다(고통을 가하는 것, 인생을 지도하는 원칙인 쾌락 추구에 반대하는 것). 그리고 그러한 정당화는 일반화된 형태, 특히 사회계약으로 이미 적용할 수 있게 되었다. 따라서 개인은 그들이 가진 자유의 일부분을 포기하므로(예컨대, 그들이 처벌받는 것) 질서가 유지되고 사회가 형성될 수 있다. 사람들이 자유계약을 자유롭게 행했는지는 분명하지 않다. 그러나 원시시대에는 인간이 '끊임없는 전쟁상태에 지쳐버려' 필연적으로 사회계약이 행해졌을 것이라고 한다.[16] 한편, 벡카리아는 "어느 누구도 공동의 선을 위하여 자신이 가진 자유를 흔쾌히 희생하지 않는다"고 생각했다. 어쨌든 벡카리아는 "어떤 개인이 자기 자신을 위하여 희생한 자유의 모든 부분을 총합한 것이 국가의 주권을 형성한다"[17]고 결론짓고 있다. 그리고 이러한 권리에 근거하여 국가는 처벌할 수 있는 것이다. 우리는 이것이 매우 일반적이면서도 기교적인 개념이라고 생각할 수 있다. 또 이것은 환상적인 것을 암시해 준다. 그것은 벡카리아와 다른 공리주의자들이 형법을 민중의 의지를 직접 반영한 것, 아니면 적어도 민중의 의지를 직접 반영해야만 하는 것으로 보았다는 것을 의미한다. 따라서 민중은 형법의 상태에 새로운 긴장관

16) C. Beccaria, *On Crimes and Punishments*, trans. Henry Paolucci (New York: Bass-Merrill, 1963).
17) *Ibid.*, p.12.

계를 도입했다 - 즉 현재에 적응하기 위하여 역사를 부정한 것이다. 실제로 공리주의자들, 특히 벤담의 저서들은 형법의 기반이 되었던 역사를 전면적으로 부정하고 있다. 이것은 뻔뻔스러운 공리주의자들의 공격이다. 특히 그들의 대다수가 형법에 대한 지식이 없었는데도 말이다. 따라서 그들이 제안한 것 가운데 실제로 채택된 것이 거의 없고, 그것이 적용되는 데에는 거의 100년이 걸렸다는 사실은 조금도 놀랄 일이 아니다.

형법의 한계 모든 공리주의자들은 '불법'(wrongs)을 분류하였다. 자신들의 특별한 입장에 따라 그 분류는 달라졌지만 방향은 한결 같았다. 즉 그것은 형법의 세속화를 향한 것이었다. 예를 들어 헬베티우스(Helvetius)는 관습에 따라 변하는 절대적인 권리와 정의는 없다고 주장했고, 홀바흐(Holbach)는 범죄는 나쁜 정치와 종교에서 기인하고 도덕성은 생물학의 기능을 한다고 주장했다. 몽테스큐는 범죄를 네 가지 - 종교적 범죄, 도덕적 범죄, 공공질서의 범죄, 개인적 안전의 범죄 - 로 구분하고 각 범죄마다 특별한 형벌을 제안했다. 벡카리아도 이와 유사한 제안을 했으나 종교가 형법상 특정한 위치를 갖는다는 데에는 반대했고, '악덕'과 '미덕'은 "매우 애매한 개념"이라고 주장했다. 왜냐하면 그것이 갖는 의미는 시대의 유행에 따라 역사를 통하여 변하기 때문이다. 따라서 범죄는 다음의 두 가지 점에 해당하는 경우에만 범죄가 될 수 있다. 즉 하나는 사회를 직접적으로 붕괴시키는 것과 다른 하나는 개인의 안전(예컨대, 개인의 생명, 재산 등)을 손상시키는 것이다. 이 영역 외에 속하는 모든 행위는 처벌되어서는 안된다. 왜냐하면 그것은 개인의 자유를 침해하지 않기 때문이고 따라서 이를 처벌할 권리가 없기 때문이다. 神과 관련되고 공공의 안전을 위태롭게 하지 않는 범죄는 神에게 맡겨두어야 한다. 똑같은 이유로 형법은 개인적인 도덕 이외의 영역에 있어야 한다. 즉 형법은 사회, 개인의 안전 또는 공공의 안전에 해악을 미치는 범죄의 예방에만 관여해야 한다. 도덕성과 '피해자없는 범죄'의 영역에서 형법의 기능에 관한 비슷한 논의가 오늘날 계속되고 있는 점에 유의해야 할 것이다.

행형이론 "한 인간의 악명, 그의 도주, 그의 재판 외에서의 자백, 공범의 자백, 피해자의 협박과 계속되는 적개심들은 모두 한 개인을 정당하게 구금시킬 만한 충분한 증거가 된다."[18] 그러나 벡카리아는 이러한 것이 법률로 씌여져야 하며, 법관은 재판을 기다리는 자를 구금할 것인가에 대하여 전혀 재량을 가지지 않아야 한다고 주장했다. 또한 기소된 자는 유죄선고 받은 자와 엄격히 분리되어야 재범자들로부터 나쁜 영향을 받지 않을 것이라고 했다. 형벌은 "처벌받는 자의 마음에는 영원한 인상을 남기지만 그 신체에는 최소한의 고통만을 남길 수 있는 것으로 선택되어져야 한다. 형벌이 그 목적을 달성하기 위해서는 형벌의 해악이 범죄로 초래되는 이익을 초과해서는 안된다." 그리고 "인간에 대하여 너무 잔혹한 광경은 일시적인 분노가 될 뿐 영원한 제도가 될 수 없다.…"[19]

벡카리아는, 유배형은 공공의 평화를 침해한 범죄를 범한 사람, 또는 그러한 범죄를 범했다는 충분한 증거가 있는 사람에 대하여 '민사적으로만 사망'한 것으로서 좋은 것이라고 여겼다. 그러나 벡카리아는 범죄자의 재산에 대한 몰수(적어도 18세기까지 유럽과 영국에서는 흔히 행해지는 관행이었다)에 대하여는 반대했다. 왜냐하면 이것은 관리의 폭정을 자극하기 때문이다. 즉 "몰수는 약한 사람들의 목에 현상금을 걸고, 무고한 사람으로 하여금 유죄의 형벌을 받게 하기 때문이다.…"[20]

앞에서 언급한 바와 같이, 벡카리아는 폭력범죄에 대한 신체형을 지지했다. 그러나 그는 '명예'에 관한 범죄에 대하여는 신체형을 적용하지 않아야 한다고 했다. 왜냐하면 범죄자들은 고통받는 것 그 자체로 득의양양해지는 일이 있기 때문이다. 대신 그는 공개적으로 모욕을 주는 형벌을 지지했다 - 그러나 이것도 너무 자주 행해지면 사람들이 이에 익숙해져버릴 것이다. 감옥에 대하여 공리주의자들은 유죄판결 받은 자는 피고인과 분리되어야 하며, 감옥은 사람이 살 수 있을 만해야 한다는 것을 제외하고는 달리 말한 바가 없다. 이 문제 또한 벤담이

18) *Ibid.*, p.19.
19) *Ibid.*, p.43.
20) *Ibid.*, p.54.

언급했다.

우리는 공리주의자들이 제안한 형벌의 범위가 특별히 넓지도 않고 개혁적이지도 않다는 것을 알 수 있다. 실제로 오늘날 생각해보아도 인간적이지 않다고 간주될 수 있는 많은 형벌이 유지되고 있었다. 그러나 18세기 동안 사용된 형벌에 비하면 그 형벌들은 더 완화된 것이었다. 또 원칙도 완화되었다. 형벌을 개혁의 고안물로서 생각하는 것을 거의 고려하지 않았던 것이다.

범죄원인론 제도개혁자들과 옹호자들을 비롯한 모든 사상가들은 한 가지 점, 즉 태만은 범죄로 이끄는 원인이라는 점에 동의했다. 몽테스큐와 벡카리아도 범죄는 사회의 '관행'에 크게 의존하고 있다고, 바꾸어 말하면 범죄는 재정 및 경제정책과 교육기준과 관련되어 있다고 말했다.[21] 그러나 그들은 게으름을 줄이는 것을 옹호했을 뿐, 범죄를 줄일 수 있는 데 도움이 될 수 있는 세부적인 경제계획안까지 동의했던 것은 아니다. 영국에서는 태만이 적어도 헨리 7세때까지는 심각한 문제로 고려되었고, 그 이후부터의 일련의 '빈민법' (poor law)이 간헐적으로 제정되어 엘리자베스 1세때까지 계속되었다. 일반적으로 그것들은 태만을 처벌하기 위하여 제정되었을 뿐만 아니라 빈민들의 거동을 제한하고 통제하도록 만들어졌다. 勞役所(workhouse)가 세워져 빈민들은 먹을 것을 얻을 수 있었다. 헨리 필딩은 이 당시의 관행을 날카롭게 다음과 같이 요약하고 있다. 즉 "태만에 대하여는 노동이 적합한 형벌이다. 같은 이유로 죽음 또한 겁쟁이들에 대하여도 적절한 형벌이다."[22] 그러나 필딩은 빈민법은 형법과 마찬가지로 거의 집행되지 않았었다고 불만을 토로하고 있다. 그리고 매일같이 '과도한 사치품'이 보여지기 때문에 그는 범죄가 오합지졸의 천민들에 의해서 야기될 수 밖에 없다고 결론짓고 있다. 즉,

> 다른 어떤 지역과도 비교할 수 없을 만큼 빈민들이 더 풍요롭게 제공받을 수 있는 나라에서 유럽 전체에서 볼 수 있는 것보다 더 많은 거지가 있고, 더 곤궁하고 더 불쌍한 사람들이 많

21) Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.283.
22) Fielding, *The Late Increase in Robbers*, p.64.

다는 것은 누구에게나 놀라운 문제임에 틀림없다.[23)]

필딩은 빈민법의 엄격한 집행, 특히 거주이전의 제한을 옹호하면서 게으른 자들을 보다 손쉽게 발견하여 일하게끔 만들어야 한다고 주장했다. 그는 빈민을 세 개의 계층, 즉 일할 수 없는 자, 일할 수 있고 일하기를 원하는 자, 그리고 일할 수 있으나 하려고 하지 않는 자들로 나누고, 후자가 지금까지는 지배적이었다고 하였다. 그는 또 장물아비들을 처벌하지 못하는 것이 범죄자의 지하세계를 부추겼다고 보고 있다. 결국 그는 런던의 환경계획 - 좁은 길과 어두운 골목 - 이 강도들에게는 거대한 숲을 만들어 주었다고 불만을 토로하고 있다.

따라서 지금은 매우 피상적인 이론이지만 범죄원인론으로서 경제이론이 일찌기 받아들여졌다. 백과전서파들은 어떤 관련성이 있다는 것 외에는 더 자세하게 문제삼지 못했다. 필딩은 경제제도가 범죄를 양산하는 정확한 동인에 대하여 분명히 하질 못했다. 그는 태만을 범죄의 직접적인 원인으로 보았고 기껏해야 빈민계층의 '사치'에 관하여만 언급했다. 그러면서 쾌락이 빈민들의 지배적인 욕구라고 불평했다. 그는 이것을 18세기의 영국을 특정짓는 급격한 상업의 성장 및 중상주의와 관련시켰다. 또한 이것은 음주행위와도 관련이 있는데 이것은 빈민계층이 추구한 또다른 쾌락이었다. 음주가 실제로 심각한 문제였다는 것은 거의 의심할 바가 없다. 한 역사학자는 1750년 런던의 밀 12,000쿼터 가운데 7,000쿼터가 알콜로 변했다고 추정하고 있다. 필딩은 5실링의 벌금형이 도입된 제임스 1세 이전에는 영국에서 만취행위가 범죄로 규정되지 않았었다고 말했다. 그러나 필딩은 금주를 권고했다.

따라서 빈곤과 범죄 사이에는 두 가지 종류의 관련성이 있는 것 같다. 하나는 게으른 자들이 범죄를 범한다는 것이다. 왜냐하면 게으르기 때문이다. 또 그들은 게으르기 때문에 가난하다. 다른 하나는, 범죄는 무역에서 생기는 '사치품'들이 풍부해져서 생기는 쾌락을 추구하는 데에서 발생한다. 실제로 하층계급의 행동은 홉스의 이론을 적용할 수 있을 만큼 이에 가깝다. 그 생각은 이러한 원인을 제거하면 범죄는

23) *Ibid.*, p.21.

피할 수 있고, 형벌은 덜 필요하게 될 것이라는 것이다. 아마도 필딩은 그렇게 낙관적이지는 않았겠지만 벡카리아는 낙관적이었다. 그는 사람을 유복하게끔 하는 힘 – 마치 중력과 같이 근본적인 힘 – 이 있다고 믿었던 것 같다.[24] 시간이 흘러가고 사람들의 감성이 나아지면, 형벌은 점차 더 필요하지 않게 될 것이라고 생각했다.

결 론 벡카리아는 자신의 저서 맨 끝에 기술한 다음의 문구에서 공리주의자들의 입장을 잘 요약해 놓고 있다. 즉,

> 모든 경우에 형벌이 한 시민에 대한 개인이나 다수의 폭력행위가 되지 않게 하기 위하여는 형벌이 근본적으로 공개적이고, 신속하고, 필연적이며, 일정한 상황 속에서 가장 발생할 가능성이 적고, 범죄에 비례하며, 법률에 규정되어야 할 것이다.[25]

제레미 벤담의 위대한 사상

벤담의 형벌이론을 보기 전에 사회의 모든 전반적인 문제를 다룬 그의 위대한 저술을 개괄적으로 살펴보는 것이 좋을 것이다. 게다가 나의 생각으로는, 그의 저술작품이 사회변화의 문제를 언급하지 않았기 때문에 '부르조아' 이론에 근거하고 있다든지 아니면 '추상적인 심리학'을 채택하고 있다는 등의 부당한 비난을 받고 있는 것 같다. 물론 전자의 비난은 순수하게 이데올로기적인 비판이므로, 개인의 정치적인 선호도에 따라 받아들여질 수도 그렇지 않을 수도 있다. 후자는 형벌에 관한 그의 형벌이론이 많은 범죄학 교과서에 삽입되면서 다른 저술의 논지에서 벗어나 있기 때문에 비롯되는 것이다. 사실 이러한 추상성은 그의 이론을 억지로 자기 저서에 꿰맞췄기 때문에 발생한 것이다.

이 章에서 언급된 다른 공리주의 형법개혁자들과는 달리 벤담은 형법상 인식되는 일련의 불평등에 대해서만 쓴 것이 아니라 그 제도의 기초가 잘못되었다고 생각했고, 그것은 오늘날 말하는 소위 '사회제

24) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*, p.54.
25) Beccaria, *On Crimes and Punishments*, p.99.

도'의 많은 부분과 관련되어 있다고 생각했다. 따라서 그는 포괄적인 제도를 발전시키기 위하여 엄청난 생애에 걸친 작업을 시작하여 형법, 형벌의 관행, 정부제도, 보편선거, 사회복지, 그리고 기타 등등 정부의 모든 부분과 그것을 연관시켰다.

다른 공리주의자들이 가지지 못한 벤담의 형벌과 형법에 관한 가장 중요한 통찰은 만약 공리주의적인 원칙이 어떤 영향력을 가졌었다면 형법의 기본적인 전제와 완전히 모순되는 것은 해결되었을 것이라는 점이다. 다른 공리주의자들은 자신들의 비판을 제시하는 수준에 그쳤다. 16살에 블랙스톤의 형법강의를 듣고 그의 주석서(Commentaries)(당시 가장 존경받은 형법교과서)에 주석을 달았던 벤담은 그 이상의 것을 해야 한다고 생각했다. 그는 법이 도덕체계를 포함하고 있다는 것을 정확히 알고 있었다. 그러나 그것은 그에게는 혼란스럽고 무의미한 것처럼 보였지만, 그럼에도 불구하고 도덕적인 전제가 되는 것이었다. 그는 또한 형법이 혼란스럽고 무의미한 것처럼 보이는 심리학적 원칙을 전제하고 있어야 한다고 생각했다. 따라서 벤담은 법과 심리학이라는 두 가지 영역 사이의 괴리를 연결하는 자신만의 도덕적 심리학 체계를 세우려고 했다. 이것을 벤담식으로 표현하면 '灣'에서 산허리까지, 위는 철학이고 아래는 법학이라고 표현할 수 있다. "이 둘 사이에는 황량한 들판이 놓여 있다. 길도 없고 … 나는 그것을 개간하고 그렇게 함으로써 그 둘 사이의 길을 터놓으려고 한다.…"[26]

나는 벤담의 이론이 현존하는 가장 진실된 체계적 법심리학이론이라고 생각한다. 오늘날 많은 이론가들은 특히 서로 다른 언어로 말해지는 법과 심리학 사이의 외관상 보이는 불합치성에 대하여 불만을 토로하고 있다.[27] 벤담은 자신의 목적을 달성하기 위하여 '新感覺'(Novum Organum)이라고 하는 새로운 언어를 만들어냈다. 그는 자신의 작업이 상당히 의도적이어서 심지어는 허구적인 측면도 가지고 있

26) Bentham in M. P. Mack, ed., *A Bentham Reader* (New York: Pegasus, 1969), p.xv.

27) 양자의 유사성에 대한 평가에 대하여는 H. Fingarette, *The Meaning of Criminal Insanity* (Berkeley : University of California Press, 1973) 및 G. R. Newman, "Clinical and legal Perceptions of Deviance", *A. N. Z. Journal of Criminology* 9 (1976): 37-47 참조.

다는 것을 잘 알고 있었다. 그것은 그의 '예술학문'(art-and-science)이었다 - 예술이라 함은 그가 도덕과 심리학의 언어를 창조했기 때문이고, 학문이라 함은 정확한 관찰로서 엄격한 아리스토텔레스의 논리학을 이용했기 때문이다. 그 결과 방대한 양의 저서를 저술했으나, 대안과 新造語를 신중함 없이 마구 사용하여 지루한 저서가 되었다. 벤담을 이해하고 싶다면 그가 만든 용어를 배우는 데 많은 시간을 할애해야 할 것이다.

마지막으로 중요하게 관찰해야 할 것이 있다. 벤담은 형벌을 절대적인 악으로 본 첫번째 사회이론가였다. 이것은 공리주의자들의 저술에서 많이 암시되고 있지만 그것이 충분히 인식되지는 않았다. 예컨대, 벤담은 몽테스큐가 범죄자들은 처벌받아야 마땅하다고 말했다고 하여 그를 비난했다. 그러나 이것은 벤담의 체계에서는 절대로 가능하지 않았다. 어떤 사람도 처벌받는 것이 '당연할' 수 없으며, 그것은 항상 죄과(desert)에 따라서가 아니라 필요성에 따라 행해진다는 것이다. 만약 형벌을 대체할 수 있는 것을 발견했다면 아마도 그는 그것을 선호했을 것이다. 따라서 그는 범죄가 발생하기 전에 그것을 예방하기 위한 간접적인 입법과 다양한 교육원칙을 제안했다. 벤담의 이러한 통찰력은 아무리 반복하여 말해도 지나침이 없다. 서양의 역사상 범죄자에 대한 형벌의 사용을 정당화시켜야 한다고 생각한 것은 처음 있는 일이다. 수세기에 걸친 문제가 이제 만천하에 공개되었다. 즉 궁극적인 형벌에 대한 책임을 인간에서 자연으로 돌리려고 함으로써 나타난 범죄자 처벌에 대한 무의식적인 죄책감이 공개된 것이다. 벤담은 심오한 문화적인 죄책감까지 파헤쳐 이것을 합리적으로 분석했다. 이렇게 함으로써 형벌과 응보에 대한 20세기 후반의 철학적 논의들을 위한 길이 생겨났고, 이탈리아의 실증주의자들은 사회방위이론을 낳게 되었으며, 현대의 심리학자들은 형벌을 과학적으로 분석할 수 있게 되었다.

벤담의 이론을 행위이론, 도덕이론, 법이론으로 나누어 보는 것이 좋을 것이다. 그러나 그의 이론적 체계의 본질은 이 세 가지와 서로 연관되어 있기 때문에 그렇게 나누기가 그리 쉽지 않다. 효용의 원리를 언급하면서, 벤담은 "한 무더기의 증거는 어디엔가 그 시작이 있

다"[28]고 말했는데, 이제 이 원칙에 따라 시작해 보도록 하자.

효용의 원칙 공리주의자들이 (1) 인간은 쾌락의 추구와 고통의 회피에 의하여 지배되는데, 이에 대하여는 각각 선과 악이라는 도덕적인 낙인이 찍혀 있다, (2) 사회는 최대다수의 최대행복이라는 원칙에 따라 조직되어야 한다, (3) 형법에 관한 한, 범죄의 輕重(심각성)은 그것이 사회에 미친 해악에 따라 측정되어야 한다는 것을 주장했다는 것을 기억해야 한다.

벤담은 이것들이 비록 허구적이지만 분석되어져 개인 및 사회생활에 대한 구체적인 관찰과 형법을 비롯한 입법제도에 적용되어야 하는 일반이론이라고 인식했다. 그가 이러한 주장들의 일반적인 성질을 인식한 것은 그가 공동체에 대하여 定義한 데에 명백히 나타나는데, 이것은 현대의 사회학자들이나 생각했음직한 것이다. 즉,

> 공동체의 이익은 도덕이 표출되어 나타날 수 있는 가장 일반적인 표현의 하나이다. 그것의 의미가 사라졌다고 해서 놀랄 것은 없다. 공동체는 일종의 가상적인 것으로 공동체의 구성원을 형성하는 개인들로 구성된다. 그러면 공동체의 이익은 무엇인가? 그것은 바로 그 공동체를 구성하는 개인적 이익의 총합이다.[29]

그는 효용성의 원리를 "어떤 객체가 혜택, 이익, 쾌락, 선 또는 행복을 낳던지 아니면 불행, 고통 … 등을 피하든지간에 어떤 객체의 특성을 뜻하는 것"이라고 이해했다.[30] 그는 그 원리가 그 자체의 증거를 기초로 하지 않고 다른 모든 것을 증명하는 데 이용되기 때문에 이 원리가 직접적으로 증명될 수는 없다는 것을 인정했다. 즉 아리스토텔레스식의 '同種과 異種에 따른' (per genus et diffefentiam) 이분법을 사용하면 절대적인 그의 전체계에 오류가 생긴다.

---

28) J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, in Collected Works*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart (London : Athlone Press, 1970), p.13. 아래의 설명은 모두 벤담의 위의 책에 근거하였다. 가장 근본적이면서도 가장 명확하다고 생각되었기 때문이다.

29) *Ibid.*, p.12.

30) *Ibid.*

쾌락과 고통의 근원 현대의 심리학자들은 굶주림, 갈증, 性이라고 하는 인간의 기본적인 생물적 욕구를 언급함으로써 시작할 지 모르지만, 벤담은 도덕적인 원칙구조를 발전시키는 데에 관심을 가지고 있었으므로 그들과는 달랐다. 따라서 - 우리가 오늘날 그렇게 부르고 있듯이 - 그러한 '욕구'가 행동을 하는 '동기'(이 용어에 대하여 간단히 언급할 것이다)로서 작용하고 있지만, 그것이 바로 쾌락과 고통의 근원은 아니다. 대신 벤담은 네 가지 분류 또는 '제재'(sanctions - '인간을 특정한 행동양식으로 묶는 것'으로 정의됨)[31]를 제안했는데, 이것은 블랙스톤의 ≪주석서≫에서 원용한 것이다. 이것은 (1) 물리적 제재, (2) 정치적 제재, (3) 도덕적 또는 보편적 제재, 그리고 (4) 종교적 제재가 그것인데 각각은 특별한 형태의 쾌락과 고통을 가지고 있다. 그는 쾌락과 고통의 근원을 인간 외부에 존재하는 것으로 보았다. 첫번째 기본단계로서 그는 개인주의적인 심리학을 부정했다.

인간행동의 구조 벤담의 행위이론은 분명히 현대심리학에 관한 한 첫번째의 자리를 차지할 것이다. 구조상 기본적으로 목적론적이기는 하지만 그의 이론은 그럼에도 불구하고 인간을 '행동하게끔 만드는' 것 뿐만 아니라(오늘날 우리는 이러한 동기의 의미에 적합한 인간의 행동이론을 심리적 결정론, 즉 본능이나 충동이론으로 부르고 있다), 인간을 행동하도록 유인 또는 유혹하는 동기를 충분히 허용할 만큼 유동적이다. 이러한 동기는 행위의 중심적인 구성요소인 고의의 측면을 구성한다. 다른 행위의 세 가지 요소는 행위 그 자체, 행위를 둘러싼 상황, 그리고 개인의 인식이다.

누구라도 벤담이 기본적인 법구조를 자신의 행위이론에 연결시켰다고 생각할 것이지만, 그가 그 내용을 분석한 방법은 완전히 다른 것이었다. 예컨대, '선하거나' '악한' 고의는 없다. 행위의 한 부류로서 고의는 선하지도 악하지도 않다. 왜냐하면 이것은 쾌락과 고통에 각각 붙어 있을 수 있기 때문이다. 따라서 벤담은 고의의 모든 가능한 조합을 인식과 상황에 연결시키는, 다소 복잡하지만 조직적인 분석을 발전

31) *Ibid.*, p.34.

시켜 각각의 행동에서 산출되는 고통과 쾌락의 양을 확정했다. 사실 이러한 근거에서 그는 도덕적인 형태인 행위유형을 분류하고 발전시켰다. 그가 동기를 분석한 것도 역시 쾌락원칙에 근거하고 있지만 이것이 단순하고 피상적인 분석은 아니다. 또 그 자체로서 선하거나 악한 동기는 없지만 쾌락과 고통을 산출함에 따라 그 주된 동기를 순서에 따라 배열할 수는 있고, 이러한 의미에서 특정한 동기의 선과 악을 측정할 수 있다. 그렇더라도 많은 동기들은 서로서로 갈등을 일으킬 수 있다(내부적으로는 행동을 촉발시키거나 외부적으로는 행동을 유인하는). 동기 사이에는 갈등이 있을 수 있고 제한적인 동기가 있을 수 있다. 벤담은 이 모든 것들을 분류했고 그 구체적인 예를 들었다. 이제 우리는 이것이 인간행동에 관한 벤담의 공리주의 모델에 대하여 흔히 제기되는 '주먹구구식 방법'으로 비웃음을 사는 피상적인 심리학이 아니라는 것을 알 수 있다.

그 이상의 것들도 있다. 벤담은 마치 그가 '주먹구구식 방법'이라고 비난받고 있는 것을 알기라도 한 것처럼 그는 인간의 성향에 대하여 다음과 같이 가정했다. 즉 그는 인간의 성향이란 "인간의 정신구조 속에 영원한 것이 있다는 것을 표현하기 위한 주장을 위하여 가장된 가상의 실체"[32]라고 의미했다. 다시 말해서, 인간은 당시의 상황과 동기에 관련하여 행동할 뿐만 아니라 특정한 방식으로 행동의 습관을 발전시킨다. 즉 인간은 나름대로의 내력을 갖는 것이다. 이것이 바로 "선하거나 악하다고 적절히 말할 수 있는 어떤 것이 인간에게는 없는가?"라고 하는 질문에 "그렇다. 분명하다"고 그가 말할 수 있게 한 생각이다. 이러한 기질 또는 성향(오늘날에는 이를 '인격'이라고 부를 수 있을 것이다)의 개념이 없었다면 그는 선한 인간과 악한 인간의 유형이 있다는 문제에 답하지 못했을 것이다. 왜냐하면 그 때까지 그는 행위를 추상적으로 분석했기 때문이다. 그러나 그는 그러한 기질이 추정될 수 있을 뿐이라고 생각했고 이는 위에서 인용한 것으로도 분명하다. 따라서 인간의 성향은 개인의 지난 과거의 많은 행위를 관찰한 것에 근거해야 하고, 또 그것은 '어떻게 행위자가 자신의 행위를 인식하

32) *Ibid.*, p.125.

는가'에 달려 있다.[33] 벤담은 선과 악의 성향을 고의, 동기, 인식, 그리고 상황과 연결하여 모든 가능한 조합을 만들어냈다. 물론 人的 성향의 선과 악은 (1) 개인 자신의 행복, (2) 다른 사람의 행복에 미치는 효과에 따라 평가된다.

이제 벤담이 해악이 미치는 행위를 무엇으로 정의했는가에 대하여 '효과' 또는 결과가 의미하는 바를 평가할 필요가 있을 것이다.

해악의 성질 침해행위의 결과는 직접적일 수도 있고, 간접적일 수도 있다. 직접적 결과는 강도의 피해자와 같이 개인에 대한 영향이다. 간접적 결과는 첫번째 피해와 직접 연관되고 그 피해의 결과 고통이나 '위험'(벤담은 정신적 또는 금전적인 고통을 의미했다)을 입은 자에게 적용된다. 예컨대, 피해자의 가족은 돈이 모두 털렸기 때문에 굶주릴 수 있다. 여기서 그것을 더 연구할 필요는 없지만, 벤담은 가능한 모든 조합을 다 펼쳐봄으로써 피해자화의 체계적인 이론을 전개했다.

바로 이것이 인간의 행위에 대한 벤담의 도덕이론이다. 즉, 엄격히 말해서 '선'과 '악'이라는 용어는 쾌락과 고통에만 적용될 수 있다. 쾌락과 고통의 근원 - 물리적, 도덕적, 정치적, 종교적 - 은 인간 외부에 존재한다. 이러한 근원들은 동기에 의하여 반응하게 되는데, 그러한 동기는 상당히 다양하고 서로 대립관계에 있으며 충동질하거나 제한하기도 한다. 이러한 동기들은 어떠한 방식으로 (특정되지 않고) 고의로 변하게 되는데, 그것은 실제상황, 그러한 상황에 처한 개인의 의식, 그리고 어떤 경우에는 고의와 동기 그 자체(예컨대, 젊다거나 정신이상 등)의 인식에 따라 행동으로 옮겨질 수도 그렇지 않을 수도 있다. 이러한 일련의 인과관계가 행위의 최종적인 결과를 낳는데, 그 해악성은 개인과 사회의 행복에 미치는 영향을 통하여 평가되고, 후자의 경우에는 특히 그 영향의 강도, 지속성 및 정도에 따라 평가된다.

이러한 것들이 바로 행동의 자연스러운 결과와 양상이다. 이제 벤담은 그가 인공적인 결과, 즉 형벌에 대하여 언급한다. 형벌은 인위적인 것이다. 왜냐하면 형벌은 정치적인 권위에 의하여 부과되는 것이지,

---

33) *Ibid.*, p.126.

행위에서 자연적으로 연유하는 것이 아니기 때문이다.

벤담의 형벌이론 벤담은 벡카리아의 定義, 즉 형벌은 악이기 때문에 그것은 더 큰 해악을 배제하는 데에만 사용되어야 한다는 정의에서부터 논의를 시작하고 있다. 이제 효용성 원리를 적용하여 그는 형벌의 사용과 유형에 관하여 많은 제안을 할 수 있다. 분명히 그는 형벌이 적용되어서는 안되는 네 가지 경우를 들었다. 즉,

1. 형벌로써 예방할 해악이 없는 경우
2. 형벌이 해악을 예방할 수 없는 경우
3. 형벌이 너무 과도한 경우, 즉 형벌로써 예방하는 것보다는 더 많은 해악을 낳는 경우
4. 그대로 놔 둘 경우 해악이 스스로 사라질 경우

여기서 벤담이 범죄와 대한 형벌의 비율을 정하는 데 고려할 필요가 있다고 생각한 상황들을 간략하게 들어보도록 하자. 시종일관 각 단어에 대하여 벤담은 정확한 의미를 부여했으며 그 가운데 대부분은 방금 언급한 행위의 광범위한 이론에 기반을 두고 있다는 사실을 염두에 두어야 할 것이다. 고려해야 될 사실들은 다음과 같다. 즉,

I. 범죄의 측면 :
  1. 범죄의 이익,
  2. 범죄의 해악,
  3. 범죄자가 선택했을지도 모를 다른 종류의 더 무겁거나 더 가벼운 범죄의 이익과 해악,
  4. 동일한 범죄자가 이미 유죄로 되었던 적이 있는 같은 종류 또는 다른 범죄의 이익과 해악.

II. 형벌의 측면 :
  5. 형벌의 크기 : 형벌의 강도와 지속성으로 구성됨,
  6. 확실성의 점에서 형벌의 결함,
  7. 근접성의 점에서 형벌의 결함,
  8. 형벌의 질,
  9. 양적인 점에서 엄격하게 필요한 것이 아니라 형벌의 질이라는 점에서 부수적으로 가지는 이득,
  10. 도덕적인 교훈이라는 성격에서 특정한 성질을 가진 형벌의 사용.

III. 범죄자의 측면 :
  11. 범죄를 범한 사람의 계층의 책임,

12. 각각의 특정한 범죄자의 감각,
13. 공동체로부터 그 공동체가 누리는 혜택을 빼앗을 수도 있는 형벌의 경우, 어떤 특정한 범죄자의 공적이나 유용한 자질,
14. 어떤 특정한 경우의 범죄자군.

IV. 특정한 관련성이 있는 대중의 측면 :

15. 형벌의 양이나 방식에 대하여 사람들이 찬성하는지 또는 반대하는지의 성향,
16. 외국의 경향.

V. 법적 측면(즉 계속되기 위한 대중의 법적 측면) :

17. 간략화를 위하여 비례성이라는 점에서 적은 부분의 희생의 필요.[34)]

그리고 형벌의 11가지 바람직한 특성이 다음과 같이 있다. 즉,

1. 가변성(Variability) : 다른 범죄의 중대성에 쉽게 적용되는 것.
2. 평등성(Equability) : 우리가 오늘날 '평등'이라고 부르는 것. 벤담은 모든 것에 똑같은 효과가 미치길 바랬다. 따라서 나이, 성, 조건, 재산, 습관 등등이 고려되었어야 할 것이다.[35)]
3. 균형성(Commensurability) : 두 개의 범죄가 경쟁관계에 있는 경우, 더 무거운 범죄에 대한 형벌은 어떤 사람이 더 가벼운 범죄를 선택하게끔 하는 데 충분해야 한다. 따라서 더 가벼운 범죄에 대한 형벌은 더 무거운 범죄에 대한 형벌의 구성요소가 되어야 한다.
4. 유사성(Analogy) : 형벌은 가능한 한 범죄에 특징적이거나 유사한 것이어야 한다. 여기서 우리는 유사성이나 반영에 의하여 형벌의 오래된 개념이 유지되는 것을 볼 수 있는데, 이것은 이 책에서 몇 번이나 언급한 것이다. 벤담에 의하면 가장 분명한 형벌은 복수이다. 그러나 대안으로서 벤담은 범죄의 동기를 찾고 형벌을 그것에 기반을 두도록 제안했다.
5. 전형성(Exemplarity) : "형벌사상만이 마음에 실제로 영향을 미친다.… 따라서 외관상의 형식적 형벌이 많은 도움이 된다. 그러므로

---

34) *Ibid.*, pp.172-73.

35) 이것은 D. Salleiles, *The Individualization of Punishment* (Boston : Little, Brown, 1911)가 제시한 개별화된 형벌이다. 그러나 오늘날에는 적어도 대중들의 눈에는 같은 범죄에 대하여 다른 형벌이 적용되기 때문에 평등의 성취에는 대립하는 것으로 주장되기도 한다. 이에 대하여는 Von Hirsh, *Doing Justice*, p.36, Chap.VII 참조.

형벌이 실제로 형벌이라는 것을 사람들의 마음속에 분명히 해 주어야 하고, 이것을 가장 쉽게 할 수 있는 방법이 바로 유사하게 처벌하는 것이다.

6. 경제성(Frugality) : 과도하고 불필요한 고통이 가해져서는 안된다. 따라서 특히 형벌은 매우 예외적인 경우에만 적용되어야 한다.
7. 개선적인 경향(Reforming Tendency) : 개인적인 개선을 하는데 적합한 형벌이 사용되어야 한다.
8. 무능화(Incapicitation) : 그러나 이것은 경제성의 특성을 침해해서는 안된다. 왜냐하면 만약 어떤 사람을 나쁜 짓을 하지 못하게 한다면 그와 동시에 아마도 그가 선한 일을 할 수 없게도 만들기 때문이다.
9. 보상적 특성(Compensatory Properties) : 피해자에 대하여 보상 또는 회복을 할 수 있는지의 여부.
10. 대중성(Popularity) : 형벌은 대중들의 감정에 충격을 주어서는 안된다.
11. 사면가능성(Remissibility) : 실수인 경우 형벌을 사면해 주는 것이 바람직하다. 따라서 낙인형, 절단형, 채찍형, 그리고 사형은 사면할 수가 없다.

마지막으로 어떤 유형의 형벌도 위의 11가지의 속성을 모두 가질 수 없다는 것은 분명하므로 서로 다른 종류의 형벌을 섞어서 범죄에 적용하는 것이 좋은 생각이다. 그러나 어떤 것들은 다른 것들보다 더 적용하기가 좋다. 따라서 벤담은 형벌의 종류를 분류했다. 이제 그는 아리스토텔레스적인 논리를 깬 것이고, 더 '실용적인' 분류를 한 것이다. 그 형벌들은 다음과 같다.

1. 사형(Capital)
2. 고통을 주는 것(Afflictive) - 채찍형이나 굶주림과 같은 신체형.
3. 지워질 수 없는 것(Indelible) - 낙인형이나 절단형과 같은 영원한 신체상의 효과.
4. 불명예(Ignominous) - 구경꾼들에게 모욕을 당하는 것.

5. 참회(Penitence) - 불명예의 정도는 아니지만 수치심을 일깨우는 것.
6. 지속적인 것(Chronic) - 유배, 유형, 구금.
7. 제한적인 것(Restrictive) - 일정한 직업을 갖지 못하게 하는 것.
8. 강제적인 것(Compulsive) - 일반적으로는 면제된 어떤 것을 강요하는 것; 즉 경찰에 정기적으로 출두하는 것 등.
9. 벌금형(Pecuniary)
10. 준벌금형(Quasi-pecuniary) - 개인에게 제공되는 서비스를 박탈하는 것.
11. 유사한 형벌(Punishment by analogy)[36)]

벤담은 고통을 주는 형벌이 때때로 적합하지 않다고 했다. 왜냐하면 그것을 약간의 정도만 가하는 것이 어렵기 때문이다. 지워질 수 없는 형벌도 이와 비슷한 문제가 있으므로 사면이 가능해야 한다. 그러나 벤담은 불명예가 가장 큰 가능성이 있고 대중의 분노를 범죄자에게 집중시킬 수 있다고 했다. 그러나 새로운 방법이 개발될 수도 있었을 것이다. 왜냐하면 칼刑(pillory)과 같은 기존의 것들은 대중들에 태도에 따라 범죄자에게 죽음 또는 명성을 가져다 줄 수 있으므로 불평등한 것이었기 때문이다.

추방과 유배형은 불공평한 효과(범죄자의 나이, 성별, 가족들이 받는 고통 등이 다르기 때문에)를 낳기 때문에 바람직하지 않은 형벌이다. 특히 벤담은 유배형을 못마땅해 했다. 왜냐하면 그것은 나쁜 관습에 따라 적절한 감독이 없이 속박이나 노역을 사고 팔고 했기 때문이다.

마지막으로 벤담은 당시의 영국의 감옥상태를 비난했다. 당시 감옥은 게으름을 조장하고 "신체와 영혼 모두에 침해를 미칠 수 있는 모든 수단을 사용"하고 있었다. 실제로 많은 사람들은 영국에서의 감옥문제를 해결할 수 있는 벤담이 제안한 위대한 계획을 요구했다. 파놉티콘(Panopticon)을 고안했던 그의 중년시절은 그의 인생에 중요한 시기였

36) 벤담의 친구인 뒤몽(Dumont)이 1802년 출판한 ≪민형사법률 소고 *Traites de Legislation Civile et Penale*≫ 참조. 이 문장은 C. M. Atkinson의 번역본 (New York : Oxford University Press, 1914) 제7장에서 인용.

다. 그때는 19세기의 감옥개혁에 있어 매우 어려운 시절이기도 했다. 이 개혁에 있어서 벤담이 한 역할에 대하여 이제 다음에서 살펴보기로 하자.

제9장 개　　혁

제9장 개 혁

18세기 중반부터 사회 모든 분야에서 개혁을 외치는 목소리가 충만했다. 예컨대, 당시 공장의 끔찍한 조건 속에서 아동의 노역이 가장 극에 달한 데 대하여 조사하는 움직임도 있었고, 도시계획과 주택조건의 개선을 요구하는 목소리도 들렸다. 형벌제도를 개혁해야 한다는 요구가 있었던 것도 물론이다. 그러나 실제로 실행된 것은 별로 많지 않았다. 형벌의 개혁도 다른 사회영역에서의 개혁 움직임의 작은 부분만을 차지했을 뿐이다.

공리주의자들의 노력은 차치하고, 세 가지 사건이 이 시기의 개혁을 형성하는 데 기여했다. 산업 및 농업혁명, 종교의 역할, 그리고 톰슨(E. P. Thompson)이 자신의 저서인 ≪영국 노동계급의 형성 *The Making of the English Working Class*≫에서 언급했던 '불법적인 전통'이 바로 그것이다.

좌절된 혁명

1760년부터 도시인구가 급증하고 농업노동자의 수가 급격히 감소하기 시작했다. 소규모 가내공업이 어느 정도 명목을 유지하면서 당시 경제조건을 향상시키는 데 중요한 역할을 했던 '소규모 경영인' 계층을 배출했다. 이들은 대개 감리교도들이었는데, (예컨대, 노동자들이나 빈민들과 같이) 나태한 자에 대하여는 고되고, 단조로우며, 힘든 노동이 적당하고, 아이들의 머리를 교육으로 혼란시키기 보다는 신체를 바삐 놀리는 것이 좋다고 하는 확신을 가진 사람들이었다.[1] 가내수공업이 확대됨에 따라 영세한 기술이나 가내직물업에 의존하고 있던

1) E. P. Thompson, *The Making of English Working Class* (New York : Vintage, 1966), pp.370f.

많은 하층계층민들은 더 이상 산업생산에 필적할 수 없었다. 소규모 가내경제는 붕괴해 버렸고, 사람들은 임금노동자가 되어 가족을 공장에 내보내게 되었다. 물론 아동들도 산업혁명 전에는 고된 노동을 해야 했는데, 그 노동은 매우 비인간적인 것이었다(하루에 8시간 이상 노동했다). 우리는 이미 제4장에서 (20세기 전까지) 아동들이 노예와 비슷한 지위를 가지고 있었다는 것을 보았다. 그러나 1800년까지는 이런 상태가 단지 집안 내에서만 행해졌던 것이다. 특히 탄광 등 공장에서 아동을 노동에 이용한 것은 특화되어 그들은 매우 고된 일에 종사해야만 했다.

> … 머리 위에서는 석탄바구니가 쓸려 내려 나는 발을 움직일 수가 없었다. 하지만 내 여동생들은 움직일 수 있어 공장으로 갔다. 나는 1마일 정도 파 들어가 석탄을 팠다. 석탄 바구니의 무게는 300파운드가 넘었다.… 내가 빨리 움직이지 않으면 그들은 마구 채찍으로 때렸다.… 광산보다는 공장에서 일하는 것이 더 나았을 것이다.[2)]

도시의 상황은 점차 더 악화되었다. 단기투자가들이 불량주택을 짓고, 문화시설은 전혀 설비되어 있지 않았다. 산업혁명 초기(대략 1760년경)의 도시는 시골에서 막 올라온 거주자들의 생활보다는 낫지만 18세기가 되자 참혹한 상태에 빠지게 되었다. 인구가 밀집되고 비위생적인 환경으로 질병이 창궐하게 되었다. 18세기 노동자계층의 비참한 삶에 대하여는 많은 실례들이 이를 보여주고 있는데, 특히 이는 프리드리히 엥겔스(Friedrich Engels)의 고전적인 저서인 ≪영국 노동계급의 상태 *The Conditions of the English Working Class*≫에 잘 기록되어 있다.[3)]

혹자는 이미 프랑스와 미국에서 혁명이 발생했기 때문에 영국에서도 혁명의 조짐이 성숙했다고 생각할지도 모른다. 또 1784년 이래 50여년간 집권한 피트(Pitt) 정권이 개혁을 적극 억압하고 있었기 때문에 더욱 그렇게 생각할 것이다. 아이러니칼하게도 윌리암 피트(William

2) *Ibid.*, p.335.
3) *Ibid.*; F. Engels, *The Condition of the Working Class in England*, trans. and ed W. O. Henderson and W. H. Chaloner (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1958).

Pitt)는 아담 스미스의 문하생이었고, 개혁을 강변하던 윌리암 윌버포스(William Wilberforce)의 절친한 친구였다. 18세기 런던에서 발생한 가장 극렬한 폭동이었던 고든 폭동(the Gordon riots) 이후 4년 뒤 선출된 피트는 자신의 통치기간 중 의회나 다른 분야에서 제기되는 폭동의 조짐들을 극력 저지했다.

그러나 혁명의 발생을 저지시킨 것은 피트나 의회뿐만이 아니었다. 일반대중들도 그에 관여했던 것이다. 특히 이상스럽게도 하층계급 사람들의 심리상태가 그러한 작용을 했는데, 그것은 마치 독일의 나치정권 시절 공산주의혁명이 기대되었으나 정반대의 현상이 나타났던 것과 매우 유사한 양상을 보인다.[4]

톰슨은 1790-1820년의 기간을 영국인들이 혁명의 실패에 대응했던 시기였다고 특징지었다. 이는 프랑스와 미국과 크게 대조되는 점이다. 톰슨에 의하면, 이러한 사실은 국민들에게 깊은 심리적 영향을 미쳐 좌절에 빠뜨리게 했고, 희망을 열렬하게 강구토록 만들었다. 감리교가 그 답을 제공해 줄 수 있었다.

고통스러운 억압

감리교는 웨슬리로부터 비롯된 대중의 종교였을 뿐만 아니라 증가일로에 있던 중류계층의 종교가 되었다. 감리교는 근면과 절약을 신조로 했기 때문에 공리주의적 윤리를 가지고 있던 중류계층에 쉽게 파고들 수 있었다. 이미 살펴본 바와 같이, 모든 공리주의 개혁가들은 나태함을 배척했다. 감리교도 마찬가지였다. 그러나 더 중요했던 것은 웨슬리 死後 감리교회가 권위적 구조와 효율적인 조직으로 급성장하게 되었고, 노동과 운명의 감수, 그리고 권위에 대한 복종을 통한 구원을 설교하기 시작했다. 사실상 복종이 가장 중요한 메시지였다. 감리교가 이 세상을 다 뒤집어 놓은 판에 이 세상에 복종이라도 하지 않으면 어

4) W. Reich, *The Mass Psychology of Fascism*, trans. V. R. Carfagno (New York : Charles Scribner's, 1958), p.53.

떻게 삶을 꾸려나갈 수 있었겠는가? 감리교는 죽음, 고통, 슬픔 등 요컨대 고통을 사랑하라고 가르쳤다. 고통과 쾌락의 원칙에 기반을 둔 공리주의철학에 바탕을 둔 중산계층을 생각할 때 이 얼마나 모순된 말인가! 두 계층이 서로 잘 조화되어 나아갔고 그 틈새에 낀 계층 - 공장을 직접 운영하던 중하층계급 - 도 자신들이 고용한 사람들에게 잔인한 일을 계속하여 시켜 나갔다.

> 나는 계곡 속에서 불길이 타오르는 듯 번쩍이는 두 개의 공장을 보았다. 공장노동자인 가난한 자들은 그곳에서 밤 11시 30분까지 일해야만 했다. 그 하나의 공장주인은 유명한 종교인으로 항상 노래부르고 찬송하는 사람이었다.[5]

또한,

> 그는 얼마전 양팔에 나무를 가득 든 채로 서서 잠든 소년이 이를 깨우기 위해 다른 사람한테 맞다가 죽어버린 어느 소년의 이야기를 전해 주었다. 그즈음 그 소년은 17시간을 일했다. 아버지가 집까지 데려다 주었으나 저녁도 먹지 못한 채 다음 날 새벽 4시에 깨야만 했다. 그 소년은 동생들에게 공장에 늦게 갈까봐 동생들에게 공장의 불이 켜져 있는지를 물었지만 곧 죽어버렸다(그 소년의 한 동생은 아홉 살의 나이로 이미 그 전에 죽었다. 그 소년의 아버지는 근면하고 성실한 주일학교 선생이었다).[6]

마지막으로 대중들을 중립적인 종교감정을 가지게 만든 것이 바로 性的인 억압이었다. 감리교도들은 性을 극심하게 억압했다. 사실 性的인 절제와 노동의 윤리는 오랫동안 청교도와 관련되어 있었다.[7] 그런데 여기서 性의 억압은 새로운 국면을 맞았다. 남성의 성기는 죄악시되었고, 특히 여성은 '육체의 욕망'을 느끼지 못하도록 했다. 논리적으로 그리스도는 사랑의 대상, '여성적인' 사랑의 대상이 되었고, 그것은 다음의 찰스 웨슬리(Charles Wesley)의 찬송에서 그러한 면모를 찾아볼 수 있다.

---

5) Thompson, *The Making of the English Working Class*, p.348.
6) *Ibid.*, p.347.
7) M. Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (New York : Charles Scribner's, 1958), p.53.

아, 소중한 구멍이여
나는 너에게 일생을 소비하고 싶구나
거기서 신성한 구멍 일을 하면서
나는 내 일생을 소비할 것이다
그래, 그래, 한쪽이 찢어진 곳에
영원히 머물러 있겠노라[8]

영원한 삶은 자궁 속으로 회귀한다. 죽음은 곧 부활이다. 그리고 폭력이 性의 자리를 대신한다.

우리는 그대의 소중한 피를 마시며
그대의 상처 안에서 쉬기를 갈망하노라
그리고 영원불멸의 음식에 굶주리며
영원히 그대의 사랑을 찬양하노라[9]

그 외에 더 무엇을 보탤 수 있을까? 사회운동의 성공과 그 유지를 위하여 사회운동이 의존해야 할 활력 또는 에너지는 사라져버렸다. 정신적으로는 감리교의 性的 억압, 권위에의 복종, 죽음의 숭배로, 그리고 육체적으로는 신체노동에 완전히 복종함으로써 말이다. 혹자는 '군중'들이 중산계층 사람들이 자신들의 탓으로 돌린 추잡하고 위험한 생활을 영위할 힘을 어디서 발견했는지를 궁금해 할 것이다. 이미 지쳐 있는 군중들이 어떻게 폭동을 일으킬 수 있겠는가? 형벌에 관한 한, 힘든 생활을 경감시키려는 움직임이 왜 가난한 계층에서 나오지 않았던가를 잘 알 수 있을 것이다. 처벌받는 자들은 오히려 가난한 계층이 대부분이었는데도 말이다. 이미 형벌은 그저 단순한 형벌이 아니라 '신성한 형벌'이 되었던 것이다.

어떤 이들은 실제로 봉기하려고 노력했다. 그 예는 많지 않지만 이제 다음에서 살펴보기로 하자. 다음의 모든 것들을 뭉뚱그려 톰슨은 '불법적인 전통' (illegal tradition)이라고 불렀다.

---

8) Taylor, *The Angel Makers.*
9) *Ibid.*

"불법적인 전통"

우선 존 윌크스(John Wilkes)의 경우부터 시작해 보는 것이 좋을 것이다. 전형적인 새로운 18세기 영국인의 대명사였던 존 윌크스는 '신흥부자' 가운데 한 사람이었다. 그의 아버지는 부유한 주조업자였다. 그는 ≪노든 브리튼 *Northen Briton*≫이라는 잡지도 발행했는데, 조지 3세의 대외정책에 반기를 들었던 차담(Chatham)과 연합해서 1763년 왕의 연설에 대하여 무례한 공격을 가했다. 의회의 의원이기도 했던 윌크스는 영장이 발부되어 런던 탑에 구금되었다. 그러나 그는 법정에서 재차 다시 공격했고, 그 사건은 널리 알려지게 되었다. 결국 담당 판사였던 캠든 판사(Judge Camden)는 보통법상 인정된 그의 권리를 들어 그에게 무죄판결을 내렸다. 윌크스는 석방되었고, '야만스런 런던의 우상'이 되었다.[10] 그러나 국왕 조지 3세와 그의 각료들은 윌크스가 결투에서 부상을 입었다든지 아니면 음탕한 시를 썼다든지 하여 사건을 더 확대시켰다. 결국 윌크스는 의회특권을 상실하고, 프랑스로 추방되었다.

정부, 특히 사법제도는 비웃음을 샀고, 그 부당성과 자의성이 만천하에 드러나게 되었다. 또한 의회는 그 통치의 정당성을 국민의 지지에 두고 있었기 때문에 이는 심각한 타격이 아닐 수 없었다.[11]

4년 후 보통선거가 실시되어 1768년 윌크스는 대범하게도 영국에 다시 돌아와 처음으로 런던과 미들섹스에서 입후보했다. 그는 압도적인 분위기에서 당선되었고, 추방명령도 해제되었다. 그러자 조지 3세는 결정적인 판단 실수를 하게 되었다. 그는 여전히 윌크스가 의회에서 추방되어야 하며, 아직도 잔여형기가 22개월이나 남아 있다고 고집을 피웠다. 군중들은 선물을 가지고 감옥에 밀려들어 그의 석방을 요구했다. 이러한 시위가 있는 동안 윌크스를 지지하던 자들이 죽게 되었고, 이들을 죽인 자들이 사면되었다. 그러나 미들섹스 지역구민들은 재차 윌크스를 선출했다. 그러자 의회는 이제 유명하게 된 이 인물을

10) Plumb, *England in the Eighteenth Century*, p.121.
11) 이 문제를 자세히 다룬 저서로는 Hay, *Albion's Fatal Tree* 참조.

정당하게 선출된 자라고 선언해버렸다. 물론 의회는 그러한 권리를 합법적으로 가지고 있었지만 군중들은 그에 대해서는 관심이 없었다. 군중들에게는 윌크스가 자유의 화신이었던 것이다.

감옥에서 석방된 후, 윌크스는 의회가 의회의 권한으로 중단한 논쟁과 절차에 관한 보고서를 출간했다. 그러나 윌크스는 의회가 판례를 뒤집는 심각한 실수를 저지를 때까지 의회를 주도했다.[12] 그것은 반란이었고, 차담(Chatham)은 이를 "의회가 아닌 군중의 행위"였다고 말했다. 런던은 반란의 소용돌이에 휩싸이게 되었고, 정부는 물러설 수밖에 없었다.

어떻게 윌크스는 자기에게 유리한 법을 가지고 있었던 막강한 정부에 싸워 승리할 수 있었을까? 그것은 바로 여론, 특히 조직적인 여론이 형성되었기 때문이라고 답할 수 있다. 1750년 이후 출판문화는 급속하게 발전하기 시작하여 책, 소책자, 신문들이 속속 등장하게 되었다. 이제 민중들은 단지 정부가 법을 만들었기 때문에 "정당하다"고 받아들이지 않았다. 영국인들은 윌크스를 통하여 항거하는 법을 배운 것이다.

그러나 의회도 배운 바가 있었다. 바로 1780년 고든 폭동이 발생했을 때 많은 가담자를 다 처벌한 것이 아니라 단지 소수의 자만을 처벌함으로써 자제를 하는 것이다. 고든 폭동은 구교에 반대하여 런던에서 일어났던 것으로 처음에는 소규모로 '점잖게' 시작되었다. 그러나 나중에는 가난한 사람, 범죄자, 도제 등이 포함되어 막을 수 없는 군중들의 폭력으로 끝났던 것이다. 반란을 저지하려고 무장병력이 동원되었으나 이미 때는 늦었다. 지방정부도 침묵을 지키고 있었다. 그 이유는 왕에 대하여 저항했던 것은 런던이었기 때문이다. 폭력이 극에 달할 즈음 무장병력이 나타났는데, 이제 시의원이 된 윌크스가 강변 언덕에 나타났다. 폭동은 곧 사라졌다.

134명이 이 폭동에 참가했고, 그 가운데 58명이 유죄판결을 받았으며 25명이 처형되었다. 그들 가운데 4명은 여자였다.

---

12) 벤담도 윌크스의 재판에 참석했지만 혼란투성이의 '사법제도'에 대하여 아무런 인상을 받지 못했다.

고든 폭동, 특히 이 폭동을 주도한 사람들에 관하여는 많은 저술들이 씌어졌다. 보통 말해지기를 그 폭동에는 범죄자들과 별로 중요하지 않은 사람들이 일으킨 것이라고 알려져 있다. 물론 그러한 자들이 폭동 말엽에 참가하기는 했지만, 분명히 초기에는 노동자계층과 중산계층들이 많이 포함되었다. 문제는 그들이 어떻게 조직을 형성해야 하는지, 목적을 달성하기 위해서는 어떻게 시위를 진행해야 하는지를 몰랐다는 것이다.[13] 이후로 정부는 적어도 군중들의 눈에는 전투준비에 열을 올리는 것으로 비춰졌다. 이제 군중들은 글을 읽을 수 있었으며 왕이나 정부의 명령에 따르지 않는 군중이 되었다.

한 영국의 역사학자[14]는 "1797년 영국의 재정은 최저를 기록했다"고 전한다. 제4장에서 살펴보았듯이 영국의 군대에서는 사소한 범죄에도 잔인한 채찍형과 사형을 가했던 경우가 많았다. 영국은 프랑스와의 전쟁에서 패배를 맛볼 지경에 이르게 되었다. 이것이 국내에도 큰 영향을 미쳤다. 식품값은 폭등하고, 가난한 자는 기아선상을 헤매게 되었다. 식량폭동이 전 영국에서 발생했다. 나폴레옹의 봉쇄령으로 식량이 품귀현상을 보였기 때문이다. 1801-1802년 사이의 폭동은 어느 정도 조직적이었다고 보여진다. 그러나 프랑스와의 전쟁에서 승리한 때에도 폭동은 여전히 일어났다. 영국에서는 오랫동안 비밀결사가 존재하고 있었고, '저주'는 사형에 해당하는 범죄였다. 드디어 아일랜드인이었던 데스파르드 대령(Colonel Despard)이 이끈 정부전복음모가 발각되자 이 모든 것이 고개를 쳐들기 시작했다.[15] 1803년 놀란 런던시민들 앞에는 데스파르드의 목이 형집행관이었던 칼크래프트(Calcraft)의 손에 매달려 있었다. 칼크래프트는 옛부터 내려오던 일성을 가했다. "보라, 반역자의 머리를". 데스파르드는 반역죄에 관한 법에 쓰여진 대로

---

13) C. Hibbert, *King Mob* (Cleveland, Ohio : World Publishers, 1958); G. Rude, "The Gordon Riots", Trans. *Royal Historical Society* 5 (1956): 6; J. P. De Casto, *The Gordon Riots* (Oxford: Oxford University Press, 1926); Thompson, *The Making of the English Working Class*, pp.72-73. 일부에서는 폭동 이전에 이미 계획이 수립되었고, 따라서 국내의 지하조직이 형성되어 있었다고 주장한다. 나는 그 가운데에서도 중립적인 견해를 밝힌 톰슨의 견해에 따른다. 즉 계획은 있었으나 목적은 희박했으며, 그 조직의 정도도 알려져 있지 않다.

14) Plumb, *England in the Eighteenth Century*.

15) *Ibid.*, p.200.

효수되어 산 채로 내장이 적출된 다음, 참수되고 사지가 절단되었다. 데스파르드가 음모를 꾸미고 그 죄가 입증되기는 했지만 이제 정부를 의심하고 이에 분연했던 민중은 성난 폭도들 같았고 마치 데스파르드가 무죄인 것처럼 믿었다. 그러나 이 때의 군중은 우리가 앞에서 살펴본 교수대에 몰려든 정신착란증세를 보인 군중이 아니었다는 점에 유의해야 한다. 사형집행 자체에 대하여 분노했던 것만큼 그 절차에 대하여도 군중들은 놀랐다. 이것은 그 뒤 20년 동안 계속되었다. 교수대에서 보인 폭력이 전 영국을 휩쓸던 때였다.

데스파르드의 처형을 목격한 군중들 속에는 14년 뒤 같은 운명의 길을 겪게 된 제레미아 브랜드레스(Jeremiah Brandreth)도 끼어 있었다. 브랜드레스가 처형된 상황에 대하여는 여기서 장황하게 늘어놓을 수가 없다. 왜냐하면 이 사건은 너무나 복잡하고 음모와 소문, 정부, 자본가들의 조작, 그리고 '군중'들의 비밀조직 등등으로 가득차 있기 때문이다. 그러나 형벌이 개혁된 배경을 이해하기 위해서는 몇 가지 점들을 짚고 넘어가야 할 것이다.

두 가지 중요한 측면이 있다. 첫째, 오늘날 우리가 '경찰국가'라고 부를 수 있는 많은 공장지역이 생겨났다. 1812년 폭동이 발생한 지역에는 12,000의 명의 병력이 집결되어 있었다 - 이는 웰링턴이 전쟁에 가담시킨 숫자보다도 많은 것이다. 둘째, 정부는 매우 정교한 첩보활동을 벌여 사전에 폭동을 막기 위한 예방경찰방법을 가지고 있었다. 왜 그러한 극단적인 수단들이 필요했었을까?

대규모의 병력이 존재한 것은 정부가 마지막으로 인정한 것이고, 이는 여전히 토지소유귀족에 의해서 지배되었다. 기계와 공장의 파괴를 주도했던 러다이트 운동(the Luddites)에 반대한 산업가들의 싸움은 바로 '그들', 즉 정부와 산업가들의 싸움이었다. 처음에 직공들로 조직된 러다이트 운동은 새로 증가한 많은 공장들의 기계를 조직적으로 파괴했다. 그러나 기계파괴는 잠시 동안만 진행되었다. 왜냐하면 그들은 곧 산업가들뿐만 아니라 사회질서 자체를 위협할 수 있는 잘 조직된 반란단체로 발전했기 때문이다.

물론 스파이 올리버(Oliver the Spy)의 음모와 배신에 관한 이야기도

있다. 올리버는 브랜드레스가 이끈 폭동 이외에도 여러 폭동들이 발생하는 것을 도왔다. 정부는 폭력을 진압하는 대신 그대로 방치하여 가담자를 처벌하려 했다. 폭동에 가담한 많은 사람들이 체포되었고, 브랜드레스 역시 마찬가지였다. 널리 읽혀지던 리즈 머큐리誌(Leeds Mercury)도 오늘날 '함정'이라고 부를 수 있는 올리버의 배신을 폭로했고, 배심원들도 가담자의 유죄를 인정하지 않았다. 민중은 "비밀경찰조직을 사용했기 때문에 분노한 것"이라고 말했다.

브랜드레스는 정부의 억제책에 말려들었다. 그는 펜드릿지 폭동 과정에서 한 사람을 죽였는데 이를 근거로 기소된 것이다. 정부측에서는 올리버를 법정에 입회시키지 않고 말을 잘 듣는 배심원들로 조심스럽게 선발했다. 브랜드레스는 유죄판결을 받고 1817년 11월 1일 유명한 형집행인 칼크래프트의 손에 죽었다. 찰스 폭스 목사(Reverend Charles Fox)는 당시 처형모습을 생생하게 전해주고 있다. 이것을 보면 이름없는 군중들의 분노를 잘 엿볼 수 있다.

> 11월 1일 레전트 왕자(the Prince Regent)는 3명의 농부에 대한 사형집행영장에 서명하고, 일부는 사지절단형을 명한 다음 나머지는 교수형과 참수형을 명했다.… 더비(Derby)의 미장이인 뱀포드(Bamford)에게는 두 개의 도끼로 죽일 것을 명했다.… 11월 7일 금요일 아침, 세 명의 죄수들이 예배를 봤다… 감옥에 죄수이송 썰매가 끌려왔다.… 그 썰매에는 한 마리의 말이 붙어 있었고, 세 명의 죄수는 감옥 앞의 뜰에 질질 끌려 다니면서 손이 튕겨나가지 못하도록 매여져 있었다.… 그들은 30분 동안 교수대에 매달려 있었다. 교수대 앞의 단 위에는 나무막대와 두 자루의 톱밥이 놓여 있었고, 의자에는 두 개의 도끼, 두 개의 예리한 칼, 그리고 바구니가 놓여 있었다.… 브랜드레스의 시신이 먼저 교수대에서 떨어져 나와 나무막대 밑에 떨어졌다. 이름이 알려지지 않은 더비셔의 광부인 근육질의 형집행인은 가면을 쓰고 있었다. 브랜드레스의 목은 단 한 차례밖에 가격되지 않았으나 쉽게 떨어지지 않았다. 역시 가면을 쓰고 있던 보조집행인이 칼로 마무리 작업을 했다. 그러자 형집행인은 죽은 자의 머리칼을 집어들고 교수대 좌우로 그것을 흔들면서 다음과 같이 세 번 외쳤다 - "보라, 반역자의 머리를, 바로 반역자 제레미아 브랜드레스의 머리다." 다른 두 명의 죄수도 똑같은 방법으로 처형되었다.… 교수대 주변에는 단검을 장착한 기병대와 보병 몇 중대가 둘러싸고 있었다. 감옥 앞 광장에는 구경꾼들로 발디딜 틈도 없었다. "첫번째 도끼 소

> 리가 들렸을 때 군중들 틈에서는 공포의 소리가 터져 나왔다" 고 목격자들은 전한다. "그리고 잘려진 머리가 전시되자 비명 소리가 여기저기서 들끓었고, 군중들은 사방으로 흩어지기 시작했다. 마치 갑작스런 광란이 일어난 것처럼 말이다."[16]

모즐리 목사(Reverend Mozley)도 군중들이 보인 반응을 다음과 같이 묘사했다.

> 끔찍스런 광경을 보자 군중들은 공포의 비명을 지르며 이리저리 우왕좌왕하며 맞은편 집으로 뛰어 들어갔다. 나의 아버지는 집에 와서 앓기 시작하고 급기야는 정신을 잃었다. 며칠이 지난 뒤에도 상점 가게의 유리창에는 그때의 암울하고 비참한 장면이 생생이 배어 있었다.[17]

적어도 그 범죄자들은 살아있는 동안 내장이 적출되지는 않았다. 그것은 다음에 살펴볼 형벌개혁자 사뮤엘 로밀리 卿(Sir Samuel Romilly)의 덕분이었다.

개혁을 향한 첫걸음

18세기와 19세기 초반 영국의 이러한 정치사회적인 상황이 보인 비극적인 모습에 반하여 형벌개혁을 위한 움직임이 보이기 시작했다. 왜 개혁을 위한 사상이 이를 위한 법률보다 70년 정도 앞서게 되었는지를 쉽게 파악할 수는 있어도 그러한 변화가 왜 불가피했는가를 알기는 쉽지 않을 것이다.

1806년 피트 수상이 죽었을 때에도 개혁은 발생하지 않았다. 개혁안이 준비되기는 했으나 먼저 사법부의 승인을 받아야 한다고 피트가 주장했기 때문에 번번히 좌절되었다. 물론 개혁이 법관들에게 영향을 미쳤다면 개혁가들은 어느 것도 행하지 않았을 것이다. 결국 교착상태에 빠지게 되었다. 그러나 개혁을 위한 움직임이 일어났다. 이 단계에서 우리는 1751년의 상황을 더듬어 보아야 할 것이고, 헨리 필딩의

16) Radzinowicz, *English Criminal Law*, pp.226-227.
17) Rev. T. Mozley, *Reminiscences, Chiefly of Oriel College and the Oxford Movement*, 2nd ed. (London : Longmans, Green, 1882), Vol.1, pp.191-192.

업적을 추적해 보아야 할 것이다. 그리고 과연 '개혁'이 무엇을 의미하는지도 심사숙고해 보아야 할 것이다. 필딩이 이른바 '개혁'을 원했다는 사실은 한치의 의심도 찾을 수 없지만, 그가 원했던 개혁은 벤담이나 로밀리와 같은 형법개혁자들이 생각했던 것과는 다른 질서의 개혁이었다.

필딩이 쓴 논문 ≪강도의 증가 *Late Increase in Robbers*≫에 영향을 받아 정부는 위원회를 구성했다. 그의 논문에서 필딩은 범죄의 사회적 원인을 뿌리뽑기 위해서는 다른 것보다도 법을 엄격히 집행하고 운영할 것, 가난한 하층민에 대한 통제를 강화할 것, 그리고 형벌이 주는 두려움을 증가시켜 주는 공개처형을 대중들 앞에서 행하지 않을 것 등을 권고했다. 위원회는 그의 제안에 따라 형법의 운영을 강화했으며, '위험한 계층'을 통제했다. 그러나 공개처형을 폐지하지는 않았고, 그 대신 사형을 다른 적절한 형벌로 대체할 것을 권고했다.[18] 이것은 비록 희미하기는 하나 형벌의 완화에 이르는 움직임을 보여준 첫번째 징조라는 점에 유의해야 한다. 실로 벡카리아의 ≪범죄와 형벌≫이 출간되기 14년 전의 일이었다. 위원회가 제안한 대체형벌은 '배를 만드는 국가조선소에 구금하고 노역을 시키는 것'이었다.

그러나 위원회가 제안한 사항들은 시행되지 않았다. 강도들의 횡포는 계속되었고, 여러가지 원인에서 발생한 폭동은 더 악화되기만 했다. 1770년 윌리암 메레디드 卿(Sir William Meredith)이 주도한 다른 위원회가 결성되었다. 그는 "모든 범죄자에게 평등하게 법이 적용된다는 것을 보여주어야 한다"고 주장한 사람이었다. 그 위원회는 사형이 규정된 8개의 범죄를 폐지할 것을 권고했는데 그 가운데 두 가지는 하원을 통과했지만 상원의 반대에 부딪혔다. 그 가운데 절도죄에 대한 언급은 없었다.

1787년 형법을 조사하기 위한 또다른 움직임이 보였는데, 여기에서는 범죄의 경중에 따라 범죄를 새롭게 분류하자는 취지가 논해졌다. 피트 수상은 그러한 제안을 일고의 가치도 없는 것으로 거부하고 그것을 '위험한' 발상이라고 낙인찍고는 강조하기를 "모든 개혁안은 법관

18) *Journal of House of Commons* (1750, 1754), Vol.26, p.190.

들이 신중하게 판단하고 결정해야 한다"고 주장했다.

로밀리 卿은 1810년에서 1818년 동안 주택 내에서 40실링을 절취한 죄와 가게에서 5실링을 절취한 죄에 대한 사형을 폐지하는 법안을 제출했으나 매년 부결되었다. 형법의 개혁을 반드시 필요한 것이라고 생각했던 벤담과는 달리 로밀리는 개혁을 서둘러서는 얻을 것이 없다고 생각했다. 형사제도를 싸잡아 공격하고 완전히 새로운 형법을 요구하는(벤담의 방식) 대신, 그는 당시의 범죄 영역 가운데 아주 작은 부분부터 비판하기 시작했다. 1810년, 1811년, 1813년, 1816년, 1818년 그리고 1820년 로밀리는 하원을 설득시켜 사형을 선고받은 사람의 5/6이 사형집행을 모면하게 하는 것이 필요하다고 주장했다. 그러한 예 가운데 대표적인 것이 5실링 이상의 물건을 가게에서 훔친 경우에 해당하는 법률이다. 그러나 상원은 매번 그 법안을 부결했다. 그러나 캔터베리의 대주교를 비롯한 7명의 사제들이 이에 반대했다는 점이 중요하다. 우리는 이미 교회가 귀족들을 지지하여 사형존치를 위한 정신적, 물질적 지원을 하고 있었다는 것을 살펴보았다.[19]

로밀리에 대하여 항상 반대의 깃발을 내세우던 자는 엘렌보로우(Ellenborough) 대법원장과 엘든(Eldon) 대법관이었다. 그들이 내세운 근거는 단지 형사법제도가 수세기 이상 존속되어 온 것을 개혁하는 것이 위험하다는 것 뿐이었다. 로밀리는 반역자에 대하여 내려졌던 고대의 잔인한 형벌을 개혁하려고 했으나(그는 반역자를 먼저 죽인 다음 내장을 적출하고 사지를 절단하자고 주장했다) 항상 엘든 대법관의 반대에 부딪혔다.

이미 살펴보았듯이 이 당시는 귀족과 젠트리에게 매우 어려운 시기였다. 그들 앞에는 엄청나게 많은 사형범죄들이 놓여 있었다. 그러나 상원이나 하원의 행동은 '반동적'이라고 볼 수 없었다. 그들은 말 그대로 보수적이었기 때문이다. 형법학자인 라지노비츠는 당시 살인이나 반역죄 이외의 다른 범죄에 대하여도 사형을 적용해야 하는 많은 법안이 올라왔으나 이 법안들이 모두 부결되었다는 것을 지적하고 있다. 그러한 법안 중에 예로 들 수 있는 것은, 살인자 외에 처형된 범죄자

19) 제6장 및 제7장 참조.

에 대하여도 무조건 사지를 절단해야 한다는 법안이 제출되었는데, 이 법안은 하원을 통과했으나 상원은 통과하지 못한 경우이다.[20] 러다이트 운동 이후 도입된 법률에서는 가옥이나 기계를 파괴한 행위에 대하여도 사형을 요구하고 있지만, 이 역시 7-14년의 유배형으로 바뀌었다. 그 외에도 잔혹성이 가미되었던 법안이 의회에서 부결된 예가 많다.

마침내 1812년과 1814년 로밀리는 노력 끝에 사형을 오래된 소수의 범죄에만 적용하고 반역죄에 대한 형벌로서 적용되었던 할복형을 폐지시키는 데에 성공했다.

따라서 당시 잔혹한 법률이나 형벌을 의회의 탓으로 돌려서는 안된다. 더욱이 사형범죄의 수가 줄어들지 않았던 이유는 (그들의 관점에서는) 사형에 대체할 만한 형벌이 없었기 때문이었다. 1776년 이후에는 더 이상 식민지 미국에 죄수들을 유배보낼 수 없게 되었고, 비록 유배지로서 호주를 이용할 수는 있었지만 이것도 절차가 까다롭고 힘들었으며, 죄수나 선원을 상선의 선장들에게 팔아도 그들이 다시 다른 곳으로 넘겨버렸다. 감옥이나 노역소 역시 이용할 수는 있었지만 이에 동의하는 자가 없었다. 당시 영국의 자유 개념에 비추어볼 때 강제노역은 하나의 수치로서 받아들여졌던 것이다. 강제노역은 프랑스나 스페인의 갤리선을 연상시켰기 때문이다.

이러한 문제에 해결책을 제시해주었던 바람이 바로 벤담이었고, 의회는 그의 제안을 호의적으로 받아들였다. 그가 구상한 파놉티콘 감옥은 비록 영국에서는 채택되지는 않았지만 세계 여러 나라의 감옥건설에 모범이 되었다. 파놉티콘 감옥은 각 층에 감방이 지어진 다변체의 건물로서 그 중간에는 간수의 감시실이 있어 죄수들은 간수를 보지 못해도 간수는 죄수들을 모두 볼 수 있는 감옥이었다.

그러나 이 감옥의 건축설계도는 형벌사상의 일부분만을 나타낼 뿐이었다. 벤담은 감옥의 운영을 일종의 계약으로 상정했다. 즉 감옥소장은 죄수마다 일정한 금액을 받아 그들의 노동을 이용할 권리를 가졌으며 그 결과로서 발생한 이익금을 축적할 수 있다. 죄수들은 먹을 것

20) 이 법안은 윌버포스가 제출한 것인데, 이 법안에는 大小 반역죄를 저지른 여자에 대하여 화형 대신 교수형에 처할 것을 요구하는 것도 들어 있다.

등 보살핌을 잘 받을 수 있고 정기검사도 받을 수 있다. 또한 감옥소장은 죄수가 죽거나 도망가면 그에 대한 보상을 받을 수도 있다. 이것이 바로 효용성 원리에서 비롯된 것이다. 실제로 이 계획안은 피트 수상도 동의했으며, 1794년 이 계획안을 담은 법률이 통과되어 그 적정지를 물색하기도 했다. 벤담은 계획안을 제출했고 자신이 먼저 스스로 그 감옥을 운영하려고 했으며, 노동력을 확보하기 위하여 2,000파운드의 지원금을 받았다. 그러나 불행하게도 그는 이미 6,000파운드를 썼고 매년 2,000파운드씩을 써버렸다. 의회는 더 이상을 돈을 지원해 줄 수 없었고, 국왕인 조지 3세는 그 법안에 서명하지 않았다. 벤담은 그의 중년의 대부분을 파놉티콘 감옥의 건설에 바쳐 재산은 파탄에 이르렀다. 그를 지지하던 로밀리 卿은 그에게 왜 그 계획안이 실현될 수 없는지를 설명했다. 대중들은 폭동이 한창일 때에도, 프랑스 혁명기에도, 심지어는 기근이 한창일 때에도 감옥이나 죄수에 대하여는 조금도 개의치 않았던 것이다. "의회, 내무부, 재무부는 각자 자신들의 입장만을 취했을 뿐이다."[21] 1811년 마침내 위원회는 벤담의 계획안을 전면 부정했고, 죄수를 개인적인 목적에 이용하는 것에 대하여도 비난했다. 대신 1816년 밀뱅크 교도소(the Millbank Penitentiary)를 건축했다. 1813년 벤담은 아이러니칼하게도 23,000파운드의 보상금을 받았다. 그러면서 다음과 같이 말했다고 한다. "도대체 이러한 일로 보상을 받다니 얼마나 이 어처구니없는 일인가! 나는 민중의 피를 빨아먹고 사는 거머리, 나는 민중들을 도탄에 빠지게 했구나.…"[22]

어떤 이들은 벤담이 파놉티콘 계획안이 실패한 이후 형벌사상이 더 과격해졌다고 말하기도 하고, 혹자는 아예 처음부터 그의 사상이 과격했다고도 한다.[23] 이유야 어떻든지 간에 나이가 들어감에 따라 그가 더 과격해진 것은 사실이다 - 더욱이 왕정보다는 공화주의를 더 선호하게 되었다(초년 시절 그는 미국의 권리장전에 대하여 신랄하게 비판

Radzinowicz, *English Criminal Law*, pp.476-478 참조.

21) Mack, *A Bentham Reader*, p.198.

22) J. Bowring, ed., *Collected Works of Jeremy Bentham* (New York : Russell and Russell, 1962), Vol.9, p.96.

23) Mack, *A Bentham Reader*, p.198.

하기도 했다). 그러나 벤담은 빈틈없는 정치가는 아니었다. 벤담은 자신의 계획안에 서명하지 않은 조지 3세를 신랄하게 비난했지만, 항상 실세였던 것은 의회였으며, 그를 반대한 것도 의회였다.

1818년 11월 2일 로밀리는 자살하고 말았다. 오랫동안 앓아온 자기 아내가 죽은 지 나흘 뒤의 일이었으며 자신이 제출한 또다른 법안이 의회에서 부결된 지 석 달 뒤의 일이었다. 벤담은 절친한 친구이자 의회내의 지지자 하나를 잃어버린 것이다. 그러나 벤담은 친구인 브로햄(Brougham)을 통하여 줄기차게 의회에 법안을 제출했다. 그는 브로햄에게도 인내심을 갖지 못하고 의회의 다른 활동에 대하여도 흠집을 내기 시작했다. 그가 비난의 화살을 저주 던진 상대는 바로 대법관인 엘든이었다.

그러나 변화의 싹은 이미 뿌려졌다. 1815년 6월 18일 워털루 전투 이후 영국은 세계에서 가장 강력하고 부유한 시기에 접어들었다. 그와 동시에 앞에서 보았듯이 영국은 사회적 혼란에 빠지게 되었다. 실제로 그랬는가? 나는 그렇게 생각하지 않는다. 의회는 대규모의 병력을 움직일 수 있는 명령권을 가지고 있었다. 그 명령은 확고했으며, 앞에서 보았듯이 폭동이 계속하여 발생하기는 했지만 혁명을 일으킬 만한 결속된 이데올로기가 없었다. 따라서 의회가 항상 주도권을 쥐고 있었던 것이다.

로밀리에게는 많은 추종자들이 있었는데 그 가운데에서 가장 유명한 사람이 바로 제임스 맥킨토시 卿(Sir Jame Mackintosh)이었다. 1819년 맥킨토시는 새 위원회를 구성하여 형법을 심사하는 데 성공했다. 그 위원회의 권고안은 광범위한 것이었다. 그러나 의회의 방해 때문에 맥킨토시는 성공하지 못했고, 대신 새 내무대신이었던 로버트 필 卿(Sir Robert Peel)이 개혁에 착수해 10년 뒤 형법과 형벌을 대규모로 개정하기에 이르렀다. 1823년 필은 상점과 항해중인 선박에서 40실링 이상을 절취한 것에 내려졌던 사형을 폐지하기에 이르렀다. 결국 필은 사형을 규정한 278개의 법률을 폐지하고 이를 8개의 법률로 합치는 데에 성공했다.

개혁은 이미 시작되었다. 형사사법제도의 모든 측면을 개선시킬 법

률이 제정되었고, 필은 근대경찰제도를 창설한 것으로 유명해졌다. 형벌에 관한 한, 많은 수의 사형범죄가 줄어들기는 했지만 다른 부수적 형벌은 아직 남아 있었다. 감옥체계를 개선하거나 감옥의 실태에 대하여는 주목하지 않았지만, 강제노역이나 독거구금을 개선해야 한다는 주장이 강조되었다. 그러나 채찍형의 사용은 상당히 확대되었다.[24]

왜 그럼 그토록 오랫동안 기다려왔던 개혁이 한꺼번에 생겨나게 되었을까? 필은 여론의 분위기를 느꼈으며 이에 따라 행동했다. 그러나 중요한 이유는 윌크스, 브랜드레스 등을 비롯한 많은 사람들의 행동 덕분으로 이제 여론이 비등하기 시작했다는 점이다. 급진적인 사람들, 이른바 '개혁가들'의 활동이 정부의 반대입장을 재촉했음에도 불구하고, 그들은 민중들에게 정부의 횡포를 느끼게 해 주었다. 이 때 민중은 혁명을 위한 준비가 다 되어 있었다. 실제로 개혁의 추진력은 필의 노력이나 발생한 범죄를 뛰어넘고 있었다.

1832년 의회의 개혁법률은 "1688년 명예혁명 이후 가장 큰 사건"으로 기록되어 있다.[25] 참정권은 50만명에서 80만명으로 확대되었고, 영국과 웨일즈의 의석수의 1/4이 사라지게 되었다. 이것은 실로 근대의 법률로서 그렇게 되리라고는 상상도 하지 못했던 일이었다. 중산계층의 투표자 수가 늘어났으며, 실제로 개혁운동은 중산계층이 이끌어 나갔다. 이에 따라 필이 통화위조죄에 대한 사형을 존치시키려고 했지만 의회는 이를 받아들이지 않았고, 1861년에는 살인죄와 반역죄를 포함한 소수의 범죄에만 사형이 남아 있게 되었다. 1840년 3월 10일 윌리암 에워트(William Ewart)가 의회에 등장하여 처음으로 완전한 사형폐지운동을 전개했다.

억압의 시대였던 빅토리아 시대에는 형벌을 마음대로 다루었다. 프로이트는 훗날 문명은 그 발전을 위하여 대가를 치른다고 설명했다. 개혁자들은 전면적인 사형의 폐지문제를 주장하여 대가를 치르게 되었는데, 형벌이 보이지 않게 집행된 것도 이해할 만하다.

에워트의 제안은 좌절되었으나 그의 주장은 수많은 사람들의 지지를

24) Radzinowicz, *English Criminal Law*, p.571.
25) Mack, *A Bentham Reader*, p.198.

받게 되었고, 전면폐지를 위한 압력이 진행되었다. 그러나 그것은 잘못된 것이었다. 다음 20년 뒤 신문과 잡지 등을 통해 의회나 민중은 모두 격렬한 토론을 벌였다. 그 운동은 많은 개혁단체와 찰스 디킨스(Charles Dickens)와 같은 인물에 의해서 민중 앞에서 행해졌다.[26]

1849년 에워트는 다시 사형폐지를 주장했으나 그 법안은 다시 폐기되었다. 그러나 논쟁이 진행되는 동안 존 러셀(John Russell) 내각의 내무대신이었던 조지 그레이 卿(Sir George Grey)이 "공개처형이 반드시 필요한 것은 아니다"라는 말을 하여 상당히 양보한 듯한 인상을 주었다. 그 뒤를 이어 사형폐지의 문제는 공개처형 對 비공개처형의 문제로 비화되었다. 개혁자들의 주장도 분열되었다. 만약 그들이 공개처형을 반대하면 그들은 무정하다고 하여 비난을 받았을 것이다. 그러나 비공개처형을 지지했다면 사형의 폐지가 불가능하다는 것을 알게 되었을 것이다. 왜냐하면 비공개처형을 지지했던 사람들은 보수주의자들이었기 때문이다. 게다가 타임즈誌(the Times)와 기타 신문들은 비공개처형에 대하여 극렬하게 반대하고 있었다. 왜냐하면 형벌을 공정하게 집행하지 않을 것이라고 민중들은 생각했고, 또 정부는 비밀스럽게 일을 처리하여 불순하게 행동할 염려가 있었기 때문이다. 민중들이 상류계층의 범죄자들이 처형되었는지를 어떻게 알 수 있었겠는가? 마침내 찰스 디킨스조차도 폐지론자들 사이에서 신랄한 비판을 받은 가운데 비공개처형으로 전환했다. 언뜻 보기에 그는 비공개처형이 공개처형보다 진보된 것이라고 생각했음에 틀림없다. 어찌 되었든 1868년 공개처형은 폐지되었다. 그러나 왕립위원회의 완전한 사형폐지결정이 있기까지는 다시 100년의 시간과 많은 왕립위원회의 노력이 더 필요했다.

---

26) D. D. Cooper, *The Lesson of Scaffold* (Athens : Ohio University Press, 1974); J. Jester, "The Abolition of Public Execution : A Case Study", *International Journal of Penology and Criminology* 4 (1976): 25-32; P. Collins, *Dickens and Crime* (Bloomington : Indiana University Press, 1968) 참조.

선구적인 미국의 감옥제도

미국에서 사형의 개혁은 한참 뒤에야 영국과 같은 고난의 길을 걷게 되었다. 1787년 벤자민 러쉬(Benjamin Rush)는 "개혁의 집"(House of Reform)을 만들 것을 권고하면서 벤 프랭클린(Ben Franklin)의 집에서 강연했다. 그 뒤에도 그는 계속 이런 강연을 했고 사형의 폐지를 촉구했다. 그의 주장은 1764년 발간된 벡카리아의 ≪범죄와 형벌≫에 기반을 두고 있었다. 1794년 펜실바니아州에서는 '일급살인죄'를 제외한 모든 범죄에 대하여 사형이 폐지되었다. 미국 혁명 전에 이미 미국은 엄청난 수의 사형범죄를 규정했던 영국과는 달리 그 숫자가 적었다는 것을 유념해 두길 바란다. 게다가 식민지 미국에서는 영국에서와 같은 정신착락적인 공개처형이 행해지지도 않았다.

그러나 이미 살펴본 바와 같이 전 서양문명을 통하여 유지되었던 사형에 대한 양면적인 입장이 미국에서도 분명히 적용되었다. 아이오와, 콜로라도, 메인, 위스콘신 기타의 州들은 이미 초창기에 사형을 폐지했고, 이것은 영국이나 다른 유럽보다 훨씬 앞선 시기였다. 일부 州(아이오와, 오리건, 메인州)에서 다시 사형이 복원되기는 했지만 다시 이를 폐지했다. 1830년 사형이 폐지된 콜로라도州에서 깊이 뿌리박혀 있던 양면성이 나타났다. 수년 뒤 민중들은 범죄자를 처형했는데 그 이유는 "감옥에 처넣는 징역형만으로는 충분한 형벌이 되지 않았다"고 생각했기 때문이다. 사형이 실질적으로 폐지된 오늘날에도 이러한 양면성은 나타나고 있는데 개리 길모어(Gary Gilmore)가 총살형을 받은 1977년 이것이 깨지게 되었다. 우리는 텔레비전에 나와 사형을 시켜달라고 애원하는 범죄자의 모습을 지켜볼 수 있었다.

미국인들이 느끼고 있던 사형의 필요성과 그에 대한 죄책감은 처형방법을 - 기술적인 방법을 통하여 - 좀더 인간다운 방법으로 행하여야 한다고 주장한 것에서 잘 나타난다. 왜 전기충격의자나 살인가스가 도입되어야 하는지에 대하여 많은 말들이 오가고 있지만, 이러한 방법들은 오히려 사형방법을 인간화시키는 데에 사용되는 왜곡된 시도라고 받아들여졌다. 살인주사기를 이용한 처형방법이 '인간적'이라고 하는

주장도 있지만, 이것 역시 음흉한 1984년도식의 해결책에 불과하다. 게다가 영국의 왕립위원회는 영국 의료협회(the British Medical Association)와 결합하여 이러한 처형방법을 고려할 것인지를 살펴보았지만 협회 역시 이를 받아들이지 않았고, 이것은 미국의 의료진들도 마찬가지였다.

이제 얘기를 계속하기 위해서 우리는 잠시 사형문제를 접어두도록 하자. 왜냐하면 19세기 후반부터는 사형이 관심을 끌 만한 형벌문제가 되지 않았기 때문이다. 따라서 이에 대하여는 관심을 잠시 접어두자. 지난 100년 동안 형벌의 가장 중요한 양상이 되었던 것은 사형을 대신하게 된 징역형이었다.

수없이 많은 책들이 감옥에 대하여 씌여졌지만 여기서 그것을 일일이 들여다 볼 생각은 없다. 다만 이 주제와 관련된 몇 가지만을 살펴보도록 한다. 지금까지 우리가 살펴본 역사와 이론 및 응용된 형벌이론은 유럽과 영국에 국한되었다. 그 이유는 여기에서 발생한 사건들이 다른 서양세계에 크게 영향을 미쳤기 때문이다. 다른 유형의 감옥(예컨대, 갤리선과 같은)이 의도적이든 우연이든 간에 수세기 동안 유럽에 존재했는데 그것은 영국과 유럽에서 사형을 대체한 형벌이 되었다. 그러나 감옥제도를 '합리적으로' 개선시킨 것은 미국이다. 전 유럽의 전문가들이 미국을 방문하여 유명한 미국의 감옥제도를 관찰하고 이에 대한 보고서를 작성했다.

두 개의 유력한 제도가 1820년대에 설립되었다. 뉴욕市는 오번(Auburn)과 싱싱(Sing Sing)에 감옥을 만들었는데, 여기에서는 죄수들이 낮에는 다른 죄수들과 함께 노역을 하고 밤에는 독방에 구금되었다. 그러나 서로 말을 나눌 수는 없었다. 1826년 피츠버그에, 그리고 1829년에 필라델피아에 적용된 펜실바니아 제도는 구금기간 동안 죄수들을 완전히 격리시켜 놓았다.

이에 대하여는 찬반의 논쟁이 있었지만 이런 감옥제도들이 지역사회의 필요에 의해서 발전되었고, 이것은 또 사회가 범죄원인에 대하여 믿고 있던 바를 직접 반영한 형태로서 행해졌다고 하는 점을 중요하게 받아들여야 한다. 즉,

> 비행은 먼저 사회에 퍼져있는 부패 때문에 발생하고 가족이나 교회와 같은 조직체들이 이러한 부패를 없애지 못하기 때문에 생겨나는 것이므로, 범죄자들로 하여금 모든 유혹에서 벗어나게 할 수 있고, 지속적이고 규칙적인 통치를 할 수 있는 제도가 범죄자를 개선시킬 수 있다고 믿어졌다.[27]

그러나 이러한 설명은 단지 일부분만을 설명하고 있을 뿐이다. 19세기는 빅토리아 왕조시대였고, 따라서 미국이든 영국이든 간에 상당히 높은 도덕주의로 무장된 性의 억압이 중산계층을 지배하던 시기였다는 것을 잊어서는 안된다. 性과 마찬가지로 형벌로 억압을 받아 비밀스런 제도 속으로 들어가 사회가 이를 인식하지 못하게 되었다. 감옥은 이제 사람들의 눈 앞에서 사회의 추한 모습을 제거하는 주된 기능을 하게 되었다. 공개처형은 이제 비공개로 전환하였고, 감옥은 극단적인 격리와 안전이 도모된 장소가 되었다. 게다가 조직적이고 엄격하며 강압적인 제도의 성격상 복종을 강요하는 채찍형이 확대되었고 이는 억압된 性을 의미하고 있다. 지난 100년간 감옥을 운영하기 위해 나타난 거대한 관료체계에 의해서 격리된 사례는 수없이 많이 발생했고, 이는 서류와 사람들 속에 파묻히고 말았다.

형벌은 이제 지하로 사라지게 되었다. 그러나 그것은 다양한 형태로 모습을 다시 나타내고 있었다. 19세기와 20세기 전반기에 감옥에서는 신체형이 광범위하게 사용되었다. 죽음의 형벌도 물론 이에 포함되어 있다. 우리는 오늘날에도 가끔씩 주목을 끄는 교도소 폭력행위가 발생한다는 것을 알고 있지만 그것은 곧 진압되고 만다. 그리고 교도소 담장안에서는 은밀하게 고문이나 私刑이 발생하고 있다고 형벌개혁가들은 비난하고 있다. 그러나 대중들은 이에 대하여 아무것도 모르고 있다. 그러나 150여년 전 로밀리가 벤담에게 말한 바와 같이, 대중들은 범죄자에 대하여 관심을 보이지 않고 있다. 왜 그래야만 할까?

이제 개혁을 위한 새로운 발걸음이 시작되었다. 이제는 감옥폐지론까지 등장한다. 이 운동 역시 파도와도 같이 부침이 계속된다. 혹자는 너무 이른 시기에 너무 많은 것을 요구한 것이 아닌가 하고 의아해 할

27) D. J. Rothman, *Discovery of the Asylum* (Boston: Little, Brown, 1971), p.82.

지도 모른다. 왜냐하면 사형을 완화시키는 데 무려 2,500년 이상이나 걸렸기 때문이다. 또 감옥이 그 개혁의 대가로 남아 있기 때문이다. 그러면 감옥을 폐지한 대가로 얻게 되는 것은 무엇일까?

제10장 형벌원칙

제10장 형벌원칙

철학자들과 법이론가들은 형벌의 사용과 분배를 정당화하기 위하여 세 가지 기본적 도덕 이론을 발전시켜 왔다. 이것이 바로 응보주의 이론(retribution), 공리주의 이론(utilitarianism), 그리고 사회방위 이론(social defense theory)이다. 형벌을 폭넓게 설명하기 위하여 나는 각각의 이론적 기반을 유지하기 위해 발전되어 온 평범한 철학적 논의들을 약간 뛰어 넘을 것이다. 나는 형벌의 역사적 起源과 定義, 그 도덕적 강제성, 형벌에 작용하는 국가의 역할, 개인의 역할, 각각의 이론이 사전적 형벌을 강조하는가 아니면 사후적 형벌을 강조하는가의 여부, 형벌을 받게 되는 범죄자의 신분, 그리고 각 이론이 허용하는 형벌의 재량 등등에 따라 각각의 정당화 사유를 분석해 볼 작정이다. 세 개의 학설에 관한 많은 저술들은 서로 대립하는 면도 있고 중첩되는 면도 있으므로, 예컨대, 응보란 무엇인가 하는 것보다는 응보가 아닌 것은 무엇인가에 관한 서술이 될 것임에 틀림없다.

위의 세 가지 이론 가운데 응보주의 이론과 공리주의 이론은 가장 오래된 것이다. 사회방위 이론은 비교적 최근의 것으로서 자유분방한 개혁사상으로 가득찬 혼란스런 19세기에 생겨났으며, 이것은 '실증주의'(positivism)라고 알려진 학문적 노력이 성행함에 따라 추진되었다.

응보주의 형벌원칙

定義와 起源 응보 형벌은, 불법적인 행위는 그 불법적인 행위만큼 무거운 형벌에 의해 '다시 보상되어야' 한다는 기본적 가정에 근거를 둔 형벌이다. 그 가장 원시적인 형태가 바로 복수(vengeance)인데, 이것은 아마도 두 가지의 기원을 가질 것이다. 하나는 고대에 행해졌던 決鬪(feud)인데, 이것은 불법적으로 침해받은 자가 다른 자에게 취할

수 있는 유일한 해결책으로 '생명 對 생명'을 전제로 한 것이다. 우리는 제6장에서 어떻게 이러한 응보 형태가 점차적으로 다른 종류의 형벌로 바뀌게 되었는지를 보아왔다. 다른 하나는 종교적인 것이다. 원시적인 형태에서 응보는 범죄와 가장 유사한 방법으로 형벌을 반영한 것이었다. 우리는 이미 제3장에서 고대에서 행해진 많은 반영적 형벌 유형을 고찰했다. 응보가 종교적으로 '개화된' 형태가 바로 탈리오 법칙(lex talionis), 즉 '눈에는 눈'이라고 하는 것으로 이는 유대-기독교에 깊게 뿌리를 두고 있다.

우리가 간략하게 살펴보아야 하는 응보형벌에는 많은 유형이 있다. 그러나 그것을 살펴보기 전에 응보에 관한 중요한 역사적인 사실을 살펴보는 것이 좋을 것이다. 우리는 응보가 가장 오래된 원시적 형벌원칙이라는 것을 보았다. 우리는 또한 봉건시대 말기의 개화기에 가까이 오면서 그것이 변화되고 다른 형태의 형벌로 바뀌어진 것도 알고 있다. 규문주의 종교재판상의 형벌은 불법적인 행위가 형벌에 의해 보상받아야 한다는 것보다는 다른 목적(예컨대, 이단의 배척)을 염두에 두고 행해졌다. 게다가 18, 19세기에 행해진 형벌에 관한 논쟁은 응보를 바라고 행해진 것이 아니라 형벌의 공리주의적 효과에 따라 동기를 부여받았다는 것도 보았다. 공리주의적 형벌원칙은 응보만큼이나 오래된 뿌리를 가지고 있지만 응보와는 달리 공리주의적 형벌은 결코 뒷전으로 물러서지 않았다. 오히려 그것은 더욱 더 형벌의 중심적인 양상이 되어 갔다. 20세기가 되어서야 비로소 영국의 철학자들은 응보주의적 철학을 체계적으로 설명하기 시작했다. 19세기 초반 사형에 관한 논쟁이 행해질 때에도 요구된 개혁들은 항상 공리주의적 기반에 근거를 두고 행해졌다는 것을 우리는 알고 있다. 따라서 응보주의적 철학이 발전되었다면, 즉 형벌이 (그 종류에 있어서나 양에 있어서 모두) 범죄에 비례했다면, 사형을 내릴 수 있는 법률의 사용은 줄어들어야 했을 것이라고 생각할 수 있다. 왜냐하면 그러한 법률들은 당시 사형에 의해서만 처벌될 수 있는 광범위한 범죄에 적용되지는 않았을 것이기 때문이다. 공리주의자들이 개혁을 위하여 가장 큰 목소리로 주장한 결과, 우리들에게 공리주의가 박애주의적이고 그에 비해서 응보는 폭

군들이 애호하는 일종의 원시적이고 복수심에 불타는 형벌이라는 보편적인 생각을 남겼다.

형 벌 定言命令(The Categorical Imperative): 응보주의자들이 종종 함정에 빠지는 질문은 "그러나 왜 불법적인 행위가 처벌받아야 하는가?" 하는 것이다. 공리주의적인 해답을 하지 않고 어떻게 이 질문에 답할 수 있을까? 예컨대, "법 또는 도덕질서를 강화하기 위하여" 라고 답하려고 할지 모르나 이것은 공리주의적인 대답이라는 것을 우리는 알고 있다. 가장 평범한 대답(그리고 아마도 비공리주의자들이 할 수 있는 유일한 대답일 것이다)은, "그 행위가 불법이기 때문에" 라는 것이다. 그러나 이것은 주장을 재진술한 것에 불과한 것이라는 것을 누구나 알 수 있다. 즉 그것은 왜 불법적인 행위가 처벌되어야 하는지를 설명하는 것이 아니다. 응보주의자들은 항상 이 문제에 부딪힐 때마다 당황해 하는데, 보통 최후의 보루로서 "불법적인 행위는 반드시 처벌되어야 한다"는 칸트의 정언명령을 언급하고 있다. 칸트는 다음과 같이 말했다. "형법은 정언명령이다. 공리주의자들의 뱀과 같은 굴곡을 기는 자들에게 화 있을진저 …"[1] 따라서 이 주장은 보통 공리주의자들의 과오를 언급하는 데로 돌리고 응보는 부정적인 것이라는 관점을 남겨놓는다. 즉 그것은 진정한 공리주의가 아니라는 것이다. 또 칸트는 "왜냐하면 한 사람도 다른 사람들의 목적에 종속되는 수단으로 대우받아서는 안되기 때문이다.… 형벌은 … 모든 경우에 있어서 형벌이 과해질 개인이 범죄를 범했다는 이유만으로 부과되어야 한다.…"고 말했다.[2]

이것은 어리석은 주장이 아닐까? 어떤 주장이 본질적으로 옳을 수 있을까? 물론 오늘날에는, 동의어의 반복이 아니라면, 어떤 주장도 본질적으로 옳지 않다는 것이 답일 것이다. 다행히 형벌을 역사적으로

1) Kant, *The Philosophy of Law, Part Ⅱ*, trans. W. Hastil (Edinburgh : T. T. Clar, 1887) pp.194-195. 응보에 관한 이러한 논의를 통하여 나는 기본적으로 사회이론의 관점에서 분석하는 것에 관심이 있다. 이에 대한 훌륭한 논문으로는 J. Kleinig, *Punishment and Desert* (The Hague : Martinus Nijhoff, 1973)가 있는데, 그 논문의 주제는 응보가 형벌의 定義의 일부분이라는 것이다.

2) Kant, *The Philosophy of Law.*

고찰해 볼 때, 우리는 이 문제에 일말의 빛을 비추어 응보주의자들에게 출구를 가르쳐 줄 수 있다.

첫째, "불법적인 행위는 반드시 처벌되어야 한다"고 하는 말은 주장이 아니라 사실의 진술이다. (불법적인 행위로서 인식된) 불법적인 행위가 보상된 때는 역사상 한번도 없다. 사실 그럴 가능성이 있다는 것은 아주 우스운 일이다. 나는 앞에서 형벌은 정당화되어야 할 도덕적 가치가 아니라 자연적인 질서의 일부분이라고 주장했다. 따라서 공리주의자들이 계속해서 묻는 질문, 즉 "그러나 왜 불법적인 행위가 처벌되어야 하는가?" 하는 물음은 치기 어린 것으로 치부해도 될 것이고, 이는 형벌을 정당화해야 한다는 선입견과 형벌은 고통을 주는 것이기 때문에 악이라는 어리석은 주장을 나타내는 것이라고 해도 될 것이다.

둘째, 나는 "불법적인 행위는 처벌되어야 한다"는 것은 사실의 진술일 뿐만 아니라 상호성(또는 교환성, reciprocity)이 규범으로 되어 있는 사회법에 접근해 가는 것이라고까지 말하련다.[3] 사회학자들과 인류학자들은 그들이 경제 및 사회생활의 핵심이라고 간주해 온 상호성에 관하여 많은 저술을 써 왔다. 실제로 개인과 집단 또는 조직 사이에 상호성의 개념이 없으면 대부분의 경제 및 사회생활은 가능하지 않을지도 모른다.[4] 그러나 이들 사회학자 중에 그 개념을 도덕과 법의 영역에 적용하는 사람은 거의 없다. 분명히 상호성과 같이 두루 퍼져 있는 사회적인 법이 제재의 영역에까지 적용되어야 한다는 것은 논리적이다. 그러므로 원시시대의 결투에서 불법적인 행위(예컨대, 살인)는 같은 방법으로 보복받았다는 것을 충분히 이해할 수 있다. 물론 이러한 간단한 '상호적 형벌'(reciprocal punishments)은 국가 또는 제3자가 중재자로서 개입되는 경우, 형벌의 민사적 또는 불법행위적 측면을 점차 국가가 인수하는 경우에는 붕괴된다. 역사적으로 볼 때 국가는 형벌에 관한 한 매우 한정된 공리주의적 목적을 염두에 두었다는 것이 밝혀져 순수한 형벌의 상호성은 실제로 결코 발생하지 않았다. 그 결

3) A. W. Gouldner, "The Norm of Reciprocity : A Preliminary Statement", *American Sociological Review* 25 (1960):161-78; B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (Totowa, N.J. : Littlefield, Adams & Co., 1964).

4) P. M. Blau, *Exchange and Power in Social Life* (New York : John Wiley & Sons,

과, 어떤 사람들은 국가가 응보의 이름으로 상호적인(보복적인) 형벌을 분배하지만 '더 이상'의 것을 요구한다고 주장한다. 만약 그렇다고 하여도 우리는 원칙적으로 응보는 사회적으로나 역사적으로 많은 지지를 받아왔다고 결론지을 수 있을 것이다. 불법적인 행위가 동일한 형벌에 의해 보복되어야 한다는 것은 도덕상의 명령이 아니라(비록 그렇게 들릴지 모르나), 오히려 사회적인 법을 설명한 것이다. 즉 사회 및 경제영역에서 공정한 교환이 행해지는 것과 마찬가지로 도덕과 형법의 영역에서도 그러하다.[5] 따라서 응보주의자들에게 있어서는 형벌이 범죄에 의해 상실된 균형을 회복하여 주는 것이다.

셋째, "불법적인 행위는 처벌되어야 한다"는 말은 同語反覆이고 따라서 본질적으로 진실하다는 의미가 있다. 결국 불법적인 행위를 불법이라고 분명하게 정의하는 제재가 없다면 어떻게 무엇이 불법적인 행위라는 것을 알 수 있을까? 모든 도덕적 또는 종교적 원칙은 올바르게 사는 방법을 채택하여 '올바른 것'에서 벗어나는 것에 대해서 다양한 제재를 정해 놓고 있다. 따라서 혹자는 형벌이 불법적인 행위 및 범죄행위의 定義의 일부라고 주장할 수도 있을 것이다. 입법부가 범죄에 대하여 그에 상응하는 형벌을 규정하지 않을 수 있다는 생각은 무의미할 뿐이다.[6]

국가의 역할 다시 나의 견해로는, 응보 원칙을 국가가 사회에 있는 개인으로부터 요구하는 어떤 두려운 것이라고 잘못 생각하고 있다고 생각한다. 그러나 이와는 반대로 나는 형벌에 있어 국가가 행하는 역할은 대체로 형벌의 응보적 정당화보다는 공리주의적 정당화를 요구한다고 생각한다. 이러한 혼란을 가져오는 이유는 응보주의적 견해를 가진 칸트와 헤겔이라고 하는 가장 유명한 두 사람이 18세기의 공리주의자들보다도 국가를 더 많이 존중했고, 국가의 형벌권에 관한 논의와

1964).

5) 그러나 이것은 필자가 제13장에서 말한 필자의 형벌의 도덕론의 근거를 형성하지는 않는다.

6) 물론 우리는 이것과 형벌이 전혀 집행되지 않는 '많은' 범죄들을 혼동해서는 안된다. 그러나 먼저 범죄를 규정해 두었다면 형벌도 규정되어야 한다. 그렇지만 이 경우 그러한 행위가 전혀 처벌받지 않는다면 그러한 행위는 더 이상 범죄가 아니라고 주장할 것이다.

응보를 위한 논의를 뒤섞어버렸기 때문이다. 예컨대, 헤겔은 국가는 상위에 있는 실체이므로 공공의 구성원의 생명과 재산을 정당하게 요구할 수 있다고 주장했다. 즉 국가는 희생을 요구할 수 있다는 것이다.[7] 헤겔은 피해당사자의 자리에 국가를 완전히 대체시켜, 마치 과거의 결투나 로마의 형법에서 행해진 응보형벌의 상호성이 더 이상 양당사자 사이에서 존재하는 것이 아니라 이제 범죄자와 국가 사이의 문제가 되었다.

칸트는 좀 더 '사회문화적'인 주장을 했다. 그는 범죄자는 처벌되어야만 하므로 "살인의 죄가 사람들에게 붙어 다녀서는 안된다"고 주장했다.[8] 이것은 우리가 제3장과 제6장에서 언급한 고대의 신성한 형벌의 기원으로 되돌아가는 것이다. 그것은 사람(사회), 범죄자, 그리고 형벌 사이의 깊은 상호적 관계성을 나타내어 준다. 그러나 칸트는 더 나아가 형벌권은 주권자(국왕)에게 부여된다고 주장했다. 즉 국가의 수장은 백성들을 처벌할 수 있지만 그는 최고의 심판자이기 때문에 처벌받을 수 없다는 것이다.

나의 견해로는 이러한 주장의 어느 것도 응보주의적 견해에 내재해 있거나 필요하지 않다고 생각한다. 사실 어떤 것이 있다고 한다면 그것은 그러한 견해를 침해하는 경향이 있다. 응보적인 원칙은, 처벌이 행해져야 하고, 그것은 양적으로나 종류에 따라 범죄에 비례해야 한다는 것을 요구할 뿐이다. 응보는 2,000년 전 국가가 없었을 당시부터 그 기원을 가지고 있기 때문에 응보적인 형벌에 있어서의 국가의 역할은 분명히 문제가 있다. 국가는 사회의 개별구성원들을 위하여 범죄자의 형벌을 요구해야 하지만, 그것이 헤겔이 말하는 것처럼 국가 자신을 위하여 요구하는 것은 아니다.[9] 범죄자는 국가를 위하여 처벌되는 것이 아니라 사람들을 위하여 처벌된다. 따라서 범죄자들은 헤겔이 말하듯이 "희생"되는 것이 아니다. 오히려 자신들의 응분의 대가에 따라

7) G. W. F. Hegel, *The Philosophy of Right*, trans. T. M. Knox (London : Oxford University Press, 1969), Sec.100.
8) Kant, *The Philosophy of Law*.
9) 이러한 주장은 최근 Ernest van den Haag이 그의 저서 *Punishing Criminals* (New York : Basic Books, 1975)에서 강력하게 주장하고 있다.

처벌되는 것이며, 국가의 역할은 사람들의 대리자로서 이러한 형벌이 집행되는 것을 감독하는 것이다. 범죄자들은 자신이 사회에 행한 빚을 갚게 되고, 국가는 범죄자를 처벌함으로써 그 빚을 사회에 갚게 되는 것이다.

이것이 응보형벌의 모델이다. 그러나 국가와 국가의 많은 주권기관들이 형법이 국가법으로 발전되고 후에 입법부의 법률로 발전된 뒤에도 형벌을 이러한 방식으로 사용하지 않았기 때문에 위와 같은 응보모델이 실제로는 유지되지 못했다. 우리는 국왕, 교황, 의회가 형벌을 궁극적인 동기를 위하여 일반적으로 억압이라는 목적에 대한 수단으로 이용해 왔다는 것을 역사를 통해 보았다. 아이러니칼하게도 형벌의 응보주의적 원칙은 형벌을 다른 목적으로 이용하는 것을 정당화하는 것으로서 흔히 인용되었던 것이다.[10]

개인의 역할 응보주의의 가장 중요한 원칙은 개인을 처벌함으로써 개인의 합리성을 인정하는 것이다. 이것은 비록 언뜻 모순된 주장인 것처럼 보이나 그렇지 않다. 모든 개인은 범죄자가 처벌되는 것을 볼 권리가 있을 뿐만 아니라, 만약 그가 법을 위반하는 경우 그 자신도 처벌받을 권리가 있다. 이것은 형벌이 개인들을 국가로부터 분리시켰다는 의미에서 '권리'라고 볼 수 있다. 형벌은 사회의 자연적 질서의 일부로서 존재하기 때문에, 어떤 개인이 법을 위반한다면 그 개인은 처벌받기를 선택한 것이라고 가정할 수 있다. 가장 기본적인 형태로 표현하자면, 칸트가 말했듯이, "만약 당신이 다른 사람을 죽이면 당신도 죽어야 한다" 또는 "다른 사람의 물건을 훔치면 당신의 물건도 없어져야 한다"고 하는 것이다. 여기서 고려되어야 할 중요한 점은 개인은 불법적인 행위에 대하여만 처벌받아야 하지 다른 어떤 요소가 관련되는 것으로 보여져서는 안된다는 것이다. 개인은 어떤 다른 목적(예

10) 이러한 것을 가장 잘 나타내 주는 예가 있다. 바로 로마 카톨릭의 형벌원칙이다. 로마 카톨릭에서는 형벌이 응보적일 것을 요구하고 있지만 역사적으로 보면 적어도 규문주의 종교재판 이후 형벌은 다음과 같은 의미에서 공리주의적인 것이 되어 버렸다. 즉 형벌의 목적을 형벌을 통한 종교적 비행자의 '교화'나 고문 또는 사형을 합법적으로 사용하여 이교도를 뿌리뽑는 데에 두고 있기 때문이다. 이에 관하여는 Pope Pious XII, "Crime and

컨대, 개인을 교화하거나 다른 사람들에게 모범을 보이기 위하여)을 위한 수단으로서 처벌되는 것이 아니라, 불법적인 행위 그 자체라는 매우 한정된 틀 안에서 처벌되는 것이다. 따라서 이러한 생각은 형벌을 개인과는 무관한 것으로 만들게 한다. 즉 개인을 목적에 대한 수단으로서 취급하지 않게 된다(즉 그는 어떤 더 큰 이익을 위하여 희생될 수 없다). 그리고 이러한 생각은 개인을 국가로부터 분리하게 한다. 아마도 이 마지막 것은 좀 더 설명이 필요할 것이다.

형법도 없고 따라서 형벌도 없는 그런 사회를 상상해 보자. 대신 모든 사람이 어릴 때부터 효율적으로 순종하게끔 교육받는 몇 개의 일반적인 지도원칙이 있다고 하자. 그러한 사회는 도대체 어떠한 종류의 것일까? 그것은 아마도 무미건조한 사회, 전체적으로 짜맞춰진 사회일 것이다. 왜냐하면 법과 그에 상응하는 형벌이 없으면 개인을 사회로부터 분리할 수 있는 방법이 없을 것이기 때문이다. 완전히 사회화된 개인은 개인이 아니라 오히려 사회의 추상물일 것이다. 따라서 법, 특히 형법은 불일치 또는 부조화의 가능성을 열어준다. 처벌은 어린이들에게 사용되었을 때 복종을 교육시킬 의도로 사용된다. 즉 그것은 어린이에게 적합한 처벌이다. 그러나 성인들의 경우 형벌은 복종을 교육시키기 위하여 사용되는 것이 아니라 일탈할 수 있는 개인의 권리를 강조하기 위하여 사용되어야 한다. 성인을 처벌함으로써 이 권리는 유지된다. 그를 변화시키기를 거부함으로써 그가 일탈할 수 있는 권리가 더 유지된다. 따라서 모든 형벌은 일탈과 순응의 가능성을 만들어낸다. 보편적으로 알고 있는 응보주의적 형벌 원칙의 견해와는 반대로 응보는 매우 급진적인 원칙이며, 공리주의 원칙은 오히려 보수적일 뿐만 아니라 반동적인 것이기도 하다. 왜냐하면 공리주의는 오로지 한가지 목적, 즉 순응에만 집중하고 있기 때문이다.

응보주의자들이 선호하는 개인의 역할에 관한 마지막 견해는 개인, 그리고 개인만이 행위에 유일하게 책임을 질 수 있다는 것이다. 이것은 인간만 관련된 도덕 및 법률적 의무를 이해할 수 있다는 것을 의미한다. 즉 인간은 행위의 주체이고, 그는 문제의 범죄행위를 '야기'시

Punishment", *Catholic Lawyer* 6 (1960):92 참조.

킨다. 그리고 이에 따라 그는 그 행위에 책임을 져야 한다고 여겨진다.[11] 이때 문제가 되는 것은 自由意志 또는 意思의 개념이다. 응보주의자들은 범죄자들이 이성적이고 그들이 행하는 방법을 선택할 수 있는 '정상적인 성인'이라고 주장한다. 따라서 범죄행위에 책임을 지는 것은 개인이다. 우리는 사회방위 이론을 연구할 때 이 문제를 좀더 연구해야 할 것이다. 이러한 견해로부터 범죄의 심각성의 평가는 행위의 외재적이거나 객관적인 결과(폭력피해자의 사망)뿐만 아니라 범죄자의 '정신상태'(고의, mens rea)에도 의존하고 있다는 것이 나온다. 범죄자의 동기, 그의 '악한 의도' 등등에 의하여 평가되어지는 것이다. 그러한 요소들은 범죄의 심각성을 평가하는 데 중요한 역할을 한다. 공리주의자들에게 있어서 이것들은 부차적인 역할만을 할 뿐이고, 극단적인 사회방위론자들에게 있어서는 정신상태라는 것이 범죄의 심각성을 평가하는 데 아무런 역할도 하지 못할 뿐이다. 따라서 응보주의자들에게 있어서 범죄에 의해 '행해진 해악의 양'에 대한 평가는 그 자체만으로는 충분하지 않다. 그것은 항상 도덕적인 타락성의 평가를 동반해야 하기 때문이다.

이에 대하여 논란이 있기는 하지만 응보의 이러한 측면은 어느 정도 '눈에는 눈'이라는 모델보다는 최신의 것이다. 우리는 제3장에서, 특히 결투에서, 심지어 죽음에 이르는 경우까지 발생하는 상호적인 형벌의 예를 많이 보았다. 그러나 고의는 로마법의 한 부분이었고, 물론 유대-기독교의 핵심이었다. 이것은 형법의 중심으로 남아 있어 왔고 공리주의적 원칙이 받아들이지 않은 응보의 한 측면이다. 실제로 혹자는 벤담의 공리주의 모델에 중요한 장애가 된 것이 바로 이 개념이라고 의문을 가질 수 있다. 벤담은 인간행동의 정신적 측면을 고려할 수 있는 도덕 및 인간행위의 완전한 체계를 고안했다.

事後的인 형벌 응보주의자들이 자주 주장하는 주요한 원칙은 유죄성(guilt) 없이는 형벌이 없다는 것이다. 그들은 범죄자가 특정한 범죄로 유죄가 되지 않는다면 결코 형벌을 정당화할 수 없다고 말하고 있

11) J. Hall, *General Principles of Criminal Law, 2nd ed.* (New York : Bobbs-Merrill, 1947) 참조.

다. 그것은 '사후적'으로 오로지 과거의 범죄에만 적용될 수 있는 것이다.[12] 이 점에 있어서 응보주의자들은 다음과 같은 경우에는 형벌이 불공정하다고 주장한다. 즉, (a) 어떤 자가 장래에도 범죄를 범할 수 있을 것이라고 기대하여 형벌이 적용되는 경우, (b) 새로운 법률이 적용되어 어떤 자에게 소급적용되는 경우. 또한 이것은 개인의 권리, 현실로 행해진 범죄에만 처벌할 수 있다는 것, 그리고 그 범죄를 범한 자에게만 형벌이 적용된다는 것을 주장한 원칙이라고 볼 수 있다. 응보주의자들은 여기서 좀더 어려운 문제로 들어가는데, 그 이유는 때때로 응보주의자들은 (동일한 범죄의) 재범은 첫번째 범죄보다 더 심각한 것으로 보아야 한다고 주장하기 때문이다. 그러나 엄격하게 말해서 응보주의자들은 이러한 입장을 취하지 않고 있다. 각 범죄는 개별적으로 취급되어야 하고 처벌은 그에 따라야 하며, 이전의 것들은 무시되어야 한다.[13] 물론 이것은 형법을 집행하는 데 있어서는 거의 발생하지 않는 것이다.[14]

아마도 응보주의 모델은 그로부터 유래되는 법집행모델에 차질없이 적용하기에는 너무 일반적인 것 같다. 범죄가 처벌되지 않고 넘어가서는 안된다고 하는 필요성이 있듯이, 범죄자의 유죄입증이 가장 중요한 문제라고 말할 수 있다. 따라서 응보주의적 철학이 범죄가 발생되어야 비로소 형벌(응보)이 생긴다는 점에서는 사후적이지만, 일단 범죄가 발생하면 그것이 보상되어야 한다고 보는 것이 응보주의자들에게는 주요한 관심일 것이다. 그러나 공리주의자들과는 달리 응보주의자들에게는 처벌되는 자가 그 범죄를 범한 실제인물이어야 하는 것이 중요하다. 따라서 영국형법상의 전통적인 無罪推定原則이 적용된다. 그러나 우리는 재판과정에서의 무죄추정과 범인을 발견하고 체포하는 상황을 구별해야 한다. 만약 어떤 경찰이 무죄추정에 입각해서 일을 한다면 그는 결코 아무도 체포하지 못할 것이 명백하다. 따라서 응보주의적

12) 예컨대, J. D. Mabbott, "Punishment", *Mind* 48 (1939):152-67 참조.
13) 응보모델을 평가절하한 것은 Von Hirsch, *Doing Justice* 참조.
14) 이러한 문제에 대한 최근 접근방법은 범죄의 경중에 기반을 두고 양형을 등급화하고 전과수를 상세하게 특정하는 것이다. A. M. Dershowitz, *Fair and Certain Punishment* (New York : McGraw-Hill, 1976) 참조.

원칙은 범죄가 반드시 처벌되어야 한다는 일반적인 원칙 외에는 법이 어떻게 집행되어야 하는가 하는 점을 말해주지 못하고 있다. 이러한 목적을 실현하기 위하여 경찰이 채택하는 모델은 응보와는 관련이 없는 다른 요소에 의지해야 할 것이다.

그러면 이것은 응보주의적 견해가 "완전한 법의 집행"(이는 현실적으로 불가능하다)을 기대한다는 것을 의미하는가? 아마도 그렇지는 않을 것이다. 우리가 가지고 있는 어려운 점은 바로 현대적인 응보주의 체계가 없다는 것이다. 초기의 응보사상은 범죄가 개인적으로 보복되어야 한다는 것이었고, 이것은 공식적인 형법에 의하여 실현되었다. 아마도 이것은 법집행에 관한 한 대중이 목격한 범죄에만 또는 사람들이 처벌을 요구한 것에 대해서만 집행되어야 하고 어떤 희생을 치르고서라도 집행되어야 한다는 것을 나타낼 것이다. 이러한 상황에서 법집행기관은 그러한 범죄들을 찾아내어 범죄자들을 효과적으로 처벌해야 한다. 그러나 이러한 설명은 다소 억지가 있는 것이고, 응보주의 모델은 기본적으로 사후적이며 적극적으로 적용되지 않는다고 말해야 할 것이다. 법집행에 관하여 더 많은 언급을 한 자들은 바로 사회방위론자들과 공리주의자들이다.

고문의 사용에 관한 언급도 여기에 적용할 수 있다. 나는 이미 응보주의자들이 제멋대로 고통을 악이라고 생각하지는 않았으므로 그들이 신체형의 사용을 더 많이 고려했을 것이라고 주장했다. 그렇다면 응보주의자들은 고문의 사용을 선호했을까? 어떤 상황에서는 그러했을 것이다. 만약 고문이 범해진 범죄와 유사하다면 응보주의자들은 고문을 형벌로서 하는 것에 찬동했을 것이다. 만약 범죄자가 피해자에게 고문을 가한 특별히 끔직한 범죄였다면 왜 응보주의자들이 범죄자에게 적용될 유사한 형벌을 배척하는지 이해하지 못할 것이다. 그러나 우리는 고문을 이렇게 사용하는 것은 형벌을 가할 목적에서만 행해지는 것이지 다른 목적, 예컨대 자백이나 공범자의 이름을 대는 것 등을 위해서는 사용되지 않아야 한다는 것을 분명히 해야 한다. 응보주의자들은 개인이 목적을 위한 수단으로 처벌되어서는 안된다는 원칙을 고수하고 있으므로 그러한 다른 목적을 위해서 고문을 사용하는 것을 강력하게

반대할 것이다. 공리주의자들은 고통을 악으로 엄격하게 반대하기 전까지는(18세기 이전) 고문의 사용을 정당화하는 데 어려움이 없었다 – 그것은 종교재판에서 자백을 얻고 공범자의 이름을 얻기 위하여 고문이 사용된 것을 볼 수 있다.

범죄자의 신분 역사를 통해 볼 때 형벌의 효과는 사회적 신분이 낮은 하층민들이 더 많이 느꼈다는 것은 분명하다. 때때로 사람들은 자신이 처한 상황 때문에(예컨대, 유대인 같은 경우) 처벌받아 왔다. 다른 때에는 '자유민'과 같은 법률에 따르지만 실제적인 형벌은 훨씬 더 가혹했다. 실제로 유죄 여부는 신분의 일부로서 추정되어 사람들은 자의적으로 처벌되었다. 이러한 실례를 로마시대의 '가부장제'에서 찾아볼 수 있다. 당시의 가부장제에서는 가장이 그의 가족구성원들을 자의적으로 처벌할 수 있었고, 노예로부터는 고문을 가하여 증거를 얻어냈다. 즉 그들은 유죄라고 추정되었다. 좀더 최근의 실례로는 영아와 태아를 살해한 母에 대하여 사형을 규정한 18세기의 법률이 있다. 여자는 유죄라고 추정되었으며 무죄의 입증책임이 바로 그 여자들에게 있었다. 바로 이러한 법률이 영국 형법상 존재했었다.

응보주의 원칙에 따르면, 모든 범죄가 양이나 질에 있어서 그 범죄에 합당한 형벌로 다스려져야 한다. 유죄의 정도와 범죄의 경중은 역사를 통하여 변천해 왔으며, 사람들의 특수한 계급과도 밀접하게 관련되어 왔다. 따라서 추상적인 이론상으로는 동일한 범죄는 동일한 형벌로 처벌되어야 하므로 모든 사람에게 공평한 처우를 해 줄 수 있다고 생각할 수 있지만, 그러한 적은 한번도 없었다. 특수한 계층에 있는 사람들은 때때로 다른 사람보다 더 죄가 있다고 추정되었고, 응보주의적 원칙에 따를 때, 유죄의 정도는 범죄의 경중을 결정하는 데 고려되기 때문에, 응보적인 형벌은 오늘날의 기준에 의하여 서로 다른 계층 사이에 불공평하게 배분되는 것이 발생할 수 있다.

그러나 일반적으로 응보주의 원칙은 어떤 자의 신분을 이유로 그자를 처벌하는 것을 허용하지 않는다. 즉 형벌은 그자가 범한 것에 대해서만 정당성을 가질 수 있다. 응보주의자들의 이러한 입장은 때때로

불평등과 불의를 이끄는 것으로 비판받았는데, 형법의 경제 · 사회 · 정치적 역사 때문에 형법은 불이익을 받는 집단이 더 많이 범하는 특정한 종류의 범죄(통상범죄 또는 폭력범죄)에 대하여 차별하고 있다고 알려져 있다. 범죄만을 처벌하고 다른 요소를 배제하는 것은 불이익을 받는 집단이 이러한 범죄들을 선택하지 않을 수 있는 유산계층보다 더 많이 처벌될 것이다. 게다가 특정한 범죄에 대하여 엄한 형벌을 가하는 것은 그 범죄자가 감옥에 가는 경우 다른 사람들(예컨대, 범죄자의 가족)을 간접적으로 고통을 주는 결과가 된다. 따라서 응보주의 형벌은 불공평하고 불공정하다고 말할 수 있다.

이러한 비판에 대한 대답은, 그것이 응보주의에 대한 비판이 아니라 배분적 정의에 입각한 사회의 기존제도에 대한 비판이라는 것이다. 형법과 형벌은 富와 권력의 불평등한 분배의 원인이라고 주장할 수 없다. 반대로 그것은 배분적 정의의 사회제도적 산물이라고 한 맑스이론에 동의할 수 있을 것이다. 따라서 '불공정하다'라고 하는 비판을 형벌을 공평하게 배분하려는 응보주의(즉 동일범죄에는 동일한 형벌을)에 갖다 붙이는 것은 나로서는 근거가 없다고 생각한다. 발생가능한 불평등은 응보주의원칙 때문에 발생하는 것이 아니라 불평등한 정의의 배분 때문에 먼저 발생하는 것이다.[15]

이차적으로 발생하는 고통에 관한 한, 응보주의자들은 이러한 경우가 발생할 수 있으며 이것이 발생하지 않기를 진심으로 염려한다고 말하고 있다. 그 이유는 바로 공리주의자들이나 사회방위론자들과는 달리 응보주의자들이 쉽게 수량화할 수 있고 신속하게 집행할 수 있는 신체형을 선호하는 이유이다. 그래야만 돈을 버는 범죄자가 감옥에 있는 수개월 또는 수년 동안 그 가족들이 경제적으로 고통을 당하지 않는다는 것이다. 물론 공리주의자들은 고통을 악으로서 엄격하게 배척하기 때문에 신체형을 전혀 고려하지 않는다. 신체형에 대한 논의는 우리가 이미 보았던 18세기에 군인과 범죄자들을 처벌하는 데에서 언급했다. 신체형, 특히 선원을 채찍질하는 것은 말할 것도 없이 무서운

15) 이 문제에 대하여는 van den Haag, *Punishing Criminals* 참조. 이 문제에 대한 대답은 제13장에서 더 상세히 논의할 불평등의 도덕성을 평가하는 데

것이다. 그러나 우리는 다시 신체형이 명령자들의 궁극적인 목적으로 행해졌다는 것을 유념해야 한다. 즉 전통적인 군사적 방법으로 공포에 떨게 함으로써 복종을 주입시킨 것이다. 그러한 목적을 위하여 형벌을 사용하는 것은 이미 언급했듯이 응보주의자들에게는 저주나 파문과 같은 것이다. 신체형의 초과적인 사용에 대한 책임은 응보주의자들이 아니라 공리주의자들에게 물어야 할 것이다. 우리는 이것을 간략하게나마 더 언급해야 할 것이다. 나는 또한 이차적인 고통이 공리주의나 사회방위론을 비롯한 모든 형벌의 모델에 어려운 것이라고 생각한다. 응보주의자들도 이 문제에서 벗어날 수 있는 것으로서 다른 방법, 즉 사법적 재량의 방법을 제공하고 있다.

재 량 위의 문제는 응보의 다른 법칙, 즉 관용의 법칙 - 사법적인 상황에서는 자비 - 등에 의하여 어느 정도 상쇄될 수 있을 것이다. 우리는 이 개념을 응보주의적 형벌이 어느 정도 사회에서의 공평한 정의의 분배를 평등화시킨다는 생각과 혼동해서는 안될 것이다. 그러한 의도는 결코 없고, 자비는 부수적인 요소로 간주되어야 한다. 그러나 응보주의 형벌철학은 개인을(그리고 개인만을) 그의 행위에 대하여 책임이 있는 것으로 간주하기 때문에 응보주의자들은 자비나 용서를 범죄자에게 베풀 수 있다. 반대로 만약 범죄자가 자신의 행위에 책임이 없는 것으로 간주된다면(특히 사회방위론자들의 경우처럼) 범죄자를 용서할 수는 없을 것이다 - 오히려 봐줄 수는 있어도 말이다. 응보주의자에 관한 한, 범죄를 봐준다는 것은 있을 수 없다.[16]

응보주의 입장에 선 법관은 관용이나 자비를 베풀 수 있다고 보여지는 상황에서는 범죄자에게 형벌에 있어서 예외를 인정할 수 있을 것이다. 그것은 범죄자에 대하여 주어지는 선물이다 - 그것은 법관의 권리가 아니다. 따라서 법관은 양형을 선고할 때나 혹은 18, 19세기에서처럼 사면의 권고 또는 사형의 감면 등을 할 때 감경할 만한 특별한 상황을 고려할 수 있을 것이다.

에 나타난다.

16) *Ibid*. E. van den Haag, "No Excuse for Crime", *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 423 (1976):133-41 참조.

우리가 유의해야 할 점은, 법관들이 자비를 베풀 수 있는 것으로 보는 사건들에서 상당히 다르게 보기 때문에 남용이나 불평등한 양형이 발생할 수 있으므로 재량이 있어서는 안된다고 현대의 일부 응보주의자들이 주장하는 점이다. 오늘날 정형화되고 강제적인 양형을 지지하고 법관에게 인정된 많은 부분의 재량을 없애자는 움직임이 있다.[17] 이러한 움직임을 엄격한 응보주의 원칙으로 간주해서는 안된다. 왜냐하면 이러한 새로운 계획에 따라 정형화되고 강제적인 양형 선고가 재범이나 누범에 대하여 항상 증가하기 때문이다. 물론 이것은 이전에 선고를 받는 자를 차별함으로써 동일한 범죄에 동일한 형벌이라는 응보주의의 원칙을 깨뜨리는 것이다. 엄격한 응보주의자들이 이전의 범죄를 범한 개인들의 문제를 다룰 수 있는 유일한 방법은 그들에게 자비나 용서를 허용하지 않는 것으로 간주하는 것이며, 그것이 분명 합리적일 것이다. 혹자는 강제적이거나 등급이 매겨진 정형화된 양형을 도입함으로써 형벌제도 속에 '용서를 허용하지 않는' 개념을 집어넣는 것이라고 주장할지도 모른다. 그러나 이것은 일반적으로 응보주의자들이 채택한 것은 아니다. 오히려 '악질적인 범죄자'(hard-core offender)를 무력화시키거나 억제하는 공리주의 원칙 또는 사회방위 원칙이 사용되었다. 나아가 실제로는 만약 법관이 응보적으로 행동한다면 그들은 자비를 권고하는 데 매우 인색하게 재량을 사용할 것이고(왜냐하면 모든 범죄자 또는 많은 범죄자들이 용서를 받으면 형벌은 단지 웃음거리에 지나지 않기 때문이다), 강제적인 양형이나 그러한 제도는 불필요하게 될 것이라는 점을 유념해야 한다.[18]

17) Dershowitz, *Fair and Certain Punishment*.

18) 어떤 연구에 따르면, 법관은 이러한 식으로 행동하지 않기 때문에 대체로 그들은 응보적으로 처벌하지 않을 것이라고(그들은 응보적으로 처벌한다고 말하겠지만) 추론할 수 있다고 주장한다. 이것은 기대했던 바이다. 왜냐하면 응보주의 형벌원칙이 우리 형법에서 거의 사라졌거나 최소한 공리주의 원칙에 의하여 빛을 보지 못하게 되었다고 이미 밝혔기 때문이다. 이에 대하여는 J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process* (Toronto : University of Toronto Press, 1971) 참조.

공리주의 형벌원칙

定義와 起源 공리주의 형벌원칙은 홉스의 말로부터 시작된다고 일반적으로 알려져 있다. 즉,

> 복수나 형벌에 있어서 인간은 과거에 행해진 해악의 크기를 보아서는 안되고 앞으로 행할 선의 크기를 보아야 한다. 그리하여 우리는 범죄자의 교정이나 다른 자에게 교훈이 되는 것 이외에 다른 목적으로 형벌을 가하는 것을 금지해야 한다.[19]

그러나 만약 우리가 목적을 위한 수단으로서 처벌한다는 공리주의형벌의 기본적인 원칙을 취한다면, 이 원칙은 서구문명의 시초부터 지배되어 왔음이 분명하다. 원시의 유목민들의 모습에서 우리는 유목민들이 처음에는 잔인한 폭력을 행사했다가 나중에는 유죄성과 힘의 위협을 결합하여 형벌을 행사해 온 것을 알 수 있다. 응보주의 모델이 국가에 의한 형벌의 부과보다 선행했는지에 대하여는 견해가 일치하고 있지 않지만 국가형벌권이 응보제도를 전수했다는 것은 분명하다. 사실 제4장에서 언급했듯이 군사적 형벌모델은 인간이 전쟁을 행할 수 있을 만큼 힘을 결집한 때부터 존재해 왔고, 그리스의 도시국가에서 행해졌다. 우리는 홉스의 사상과 유사한 플라톤의 ≪법 *Laws*≫에서 그가 몇번이나 반복한 다음과 같은 말을 찾아볼 수 있다. 즉,

> … 사람은 불법을 행했기 때문에 처벌되는 것이 아니라 - 왜냐하면 이미 행해진 것을 없었던 것으로 할 수는 없기 때문에 - 장래에 범죄자 및 교정된 그의 모습을 보는 자가 불의를 혐오하거나 아니면 적어도 악행을 줄일 수 있게 하기 위해서 처벌되는 것이다.[20]

그러나 로마법의 다소 극단적인 개인주의와 그 핵심인 '가부장제'와 함께 그리스의 도시국가에서 볼 수 있는 복종모델의 형벌은 어느 정도 약화되어 복종이 꼭 필요한 계층(예컨대, 군대, 노예, 가족구성원)에 더 많이 적용되었다. 응보 모델은 범죄에 대한 보상을 강요하기 위해

---

19) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*, p.59.
20) Plato, *Laws 11*, 934.

서 공식화된 개인소추를 통하여 자유민들에게 더 많이 이용되었다. 우리는 이러한 로마의 관행이 기독교와 규문주의 종교재판의 발생으로 사라졌다는 것을 이미 살펴보았다. 그런데 기독교와 종교재판은 복종모델의 가장 전형적인 로마법의 그러한 측면(예컨대, 고문)만을 교회법속에 통합시켰다. (오늘날까지도) 응보주의 형벌철학을 신봉하고 있다고 지속적으로 선언하고 있음에도 불구하고 사실상 교회는 응보주의 형벌을 목적을 위한 수단, 즉 이단의 근절, 복종의 집행, 교회의 중앙권력을 강화시키는 것으로서 형벌을 위한 구실로 이용했다.

우리는 또한 영국에서 골치아픈 政敵을 제거하거나 일반국민에 대하여 공포심을 심어주기 위해 형벌이 목적을 위한 수단으로 광범위하게 사용된 것을 보았다. 또한 응보적으로 처벌해야 한다는 연막을 펴 국가를 지지했던 자들은 바로 성직자들이다. 공개처형 당시 참회와 자백을 고집했던 성직자들은 사람들에게 범죄는 처벌되어야 하고 이것이야말로 국가가 할 수 있는 유일한 역할이라는 것을 보이려고 했다. 물론 이것은 그 이유가 안된다. 오히려 형벌에 대한 이유는 국왕이 국민들을 공포로 위협하여 통치하기를 바라는 것에서 나왔고, 나중에는 독재적인 의회가 '폭도'를 견제하기 위해서 나왔다. 18, 19세기 법관들의 천둥과 같은 선언들은 범죄자들은 마땅히 처벌되어야 한다고 말함으로써 응보적으로 들릴 수 있으나, 전체적인 제도가 최대의 가혹성, 즉 최대의 형벌은 범죄를 억제한다는 원칙에 기반을 둔 공리주의 제도라고 하는 데에는 의문이 없다. 19세기의 공리주의자들은 이러한 공리주의 원칙을 수정한 개혁을 도입했지만 그들은 문명의 초기부터 존재해왔던 형벌을 통해 억제할 수 있다는 기본적인 공리주의 원칙에 대하여는 의문을 가지지 않았다.

다시 부언하건대, 공리주의 형벌원칙은 아마도 가장 오래된 것이거나 아니면 적어도 응보주의 원칙만큼 오래된 것이어서 서구문명에 있어 가장 지배적인 형벌의 지도원칙이 되어 왔다는 데에는 거의 의문이 없다. 이 점에 대한 많은 혼란들은 정치인, 행정가, 그리고 형법학도들이 응보 원칙을 공리주의적 목적을 위하여 사용했기 때문에 발생한다.[21] 따라서 사람들은(학계에서도) 응보를 '악' 또는 '억압적인 것'

으로 생각하게 되었고, 공리주의를 '진보적인 것' 또는 '인간적인 것'으로 생각하게 되었다.

요컨대, 기본적인 공리주의 형벌원칙은 과거의 불법은 현재의 형벌에 의하여 교정되거나 또는 없던 것으로 될 수 없다는 것이다. 그것은 법의 교환성(상호적인 법)을 거부 또는 적어도 무시한다. 대신 공리주의 원칙은 복종 모델을 채택한다. 즉 이제 형벌의 목적은 범죄자와 범죄를 범하려고 생각하는 일반대중들 모두에게 모범을 보임으로써 장래의 범죄를 예방하기 위한 것이 되었다.

공리주의적 定言命令으로서의 형벌 '현대의' 공리주의자들에게는 목적 그 자체로서의 형벌이 결코 정당화될 수 없다. 왜냐하면 형벌은 그 자체로서 해악이므로(형벌은 고통을 주고, 고통은 곧 해악이다) 형벌이 가지는 해악을 충분히 초과할 수 있는 다른 동기 또는 이유가 형벌의 사용을 정당화시키는 데 동원되어야 하기 때문이다. 그러나 나는 이것이 '현대의' 공리주의자들에게나 적용되는 것이라고 말한 바 있다. 벡카리아나 벤담 이전에 공리주의 사고방식을 가진 처벌자들은 고통에는 아무런 문제가 없다고 보았고, 처벌자의 목적을 실현시킬 수 있는 모든 수단을 이용하려고 했다. 즉 복종을 실현시키는 것이다. 게다가 그들은 현대의 공리주의자들이 그랬던 것처럼 형벌의 과잉 사용을 정당화시킬 필요성도 느끼지 않았다. 따라서 형벌을 위한 정당화는 그들에게 명백한 것이었다. 즉 그 목적은 정적을 제거하고 국민들의 복종을 확보하는 것이었다. 이러한 목적이 달성되는 한 이 목적을 달성하는 데 있어서 허용된 형벌의 양에는 어떠한 제한도 없었다.

21) 이에 대하여 우리는 당대의 뛰어난 영국의 법률가(나이젤 워커[Nigel Walker])의 예를 들어볼 수 있다. 그는 이것을 '복잡한' 응보유형이라고 특징지을 수 있다고 말함으로써 이러한 생각을 했다. 즉 응보주의자들은 형벌조치가 보상을 목적으로 생겨나야 하고, 형벌의 무게는 범죄의 경중과 직접 관련되어 있어야 한다는 생각을 포기했다는 것이다. 모든 응보주의자들은 개인은 범죄를 범하지 않으면 절대로 처벌되지 않는다고 주장한다. 이것은 기본적인 응보원칙을 공허화시키는 것이고 18, 19세기의 공리주의 제도가 "세련된 응보주의"라고 불려지는 것을 허용할지도 모른다. 이에 대하여는 N. Walker, *The Aims of Penal System* (Edinburgh : Edinburgh University Press, 1966) 참조. 이러한 응보주의 유형은 때때로 "분배에 있어서의 응보"라고 불린다. 이에 관해서는 H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* 참조.

그러나 공리주의자들이 칸트적인 의미에서의 '정언명령'으로서의 형벌을 사용하지는 않았다고 하더라도, 상부의 권위로부터 유래된 형벌이 없다면 복종(따라서 사회질서)은 결코 유지될 수 없다는 의미에서 어떤 종류의 定言命令으로서 - 공리주의적 定言命令 - 형벌을 인정했음에 틀림없다. 응보주의 형벌의 가장 원시적인 형태는 결투이고, 공리주의 형벌의 가장 원시적인 형태는 바로 폭정인 것 같다. 원시적인 공리주의 원칙은 질서를 유지한다는 논거를 들어 원시적 응보원칙을 압도하여 항상 반목과 불화로 결투가 발생하는 전체 집단과 씨족의 완전한 붕괴를 미연에 예방했다. 따라서 공리주의 형벌원칙은, 일정한 정도의 원시적 억압이 질서를 유지하는 데 필요하고, 그것이 없으면 홉스의 표현대로 '萬人에 대한 萬人의 투쟁' 상태가 될 것이라고 가정하고 있다.

이러한 특정한 공리주의적 형벌 정당성을 응보형벌이 질서를 유지시킨다는 응보주의자들의 주장과 혼동해서는 안된다. 응보주의자들에게 있어서는 질서유지가 단지 상호교환성을 지닌 법과 사회를 강화시킴으로써 형벌의 상호적으로 적용한 결과 간접적으로만 나올 뿐이다. 그러나 응보는 법의 표현이지 그것이 그 원인은 아니다. 이에 반하여 공리주의자들에게 있어서 형벌은 사회질서의 원인이 된다. 그것이 없으면 혼란이 생긴다. 여기서 형벌을 일종의 사회에 미치는 낯설고 해악적인 침해라고 간주하는 공리주의자들의 도덕주의적인 형벌관이 극치를 이룬다. 그러나 역설적으로 사회는 존재하기 위하여 형벌에 의지한다. 응보주의자들에게 있어서 형벌은 사회적·문화적 구조의 당연한 일부이므로 우리의 문화 또는 사회가 좋은지 나쁜지를 결정하는 정도를 제외하고는 그 자체가 좋은 것도 아니고 나쁜 것도 아니다. 공리주의자들에게는 형벌이 절대적으로 필요한 절대적 해악이다! 형벌의 궁극적인 도덕성이 의존하고 있는 것은 바로 이러한 근본적인 특성이다. 이에 대하여는 마지막 장에서 살펴보기로 한다.

국가의 역할 내 생각으로는, 공리주의자들이 이 문제를 결코 만족스럽게 해결할 수 없다고 말하는 것이 옳다. 역사적으로 볼 때 19세기

전까지는 억제의 원인이 당연히 형벌의 정당한 목적으로 받아들여졌다. 17세기 정치적으로나 사회적으로 혼란기에 살았던 홉스는 국가를 질서유지의 유일한 해결책으로 보았고 그 주요한 도구의 하나가 형벌이라고 간주했다. 그러나 벤담과 다른 공리주의자들은 그들의 철학으로부터 개인과 사회 사이에서 초래된 분열을 해결하는 데 실패했다. 벤담의 공리주의적 행위이론은 개인의 권리가 다른 개인에 의하여 침해되는 것을 막으려 했고, 이것은 사회계약을 통하여 성취되는데, 사회계약이란 바로 개인이 가진 권리의 일부를 포기하는 것을 의미한다. 혹자는 그러한 권리의 총합이 바로 인위적인 '국가'라고 표현했다. 어찌 되었든 현대의 공리주의자들이 제3의 그리고 '상위' 당사자에게 형벌의 업무를 부담시키는 것을 정당화시킨 것은 의심할 바가 없다. 구체적으로 표현하자면, 사회계약의 이상적인 공리주의 사회는 우리가 오늘날 (보호를 빙자한) 공갈행위(protection racket)라고 부르는 - 국가가 총을 가지고 위협하는 - 제도를 위한 환상적인 용어이다.

여기서 나는 억제 또는 예방(deterrence)의 기본적인 원칙 두 가지를 간략하게 제시해 본다.[22] 즉,

1. 모든 개인은 국가가 행하는 형벌의 위협에 의하여 범죄를 범하는 것으로부터 억제된다. 따라서 모든 사람은 범죄를 범하는 경향이 있는 것으로 간주된다. 이러한 과정을 일반예방(general deterrence)이라고 한다.
2. 범죄를 범한 자는 재범을 범하지 못하게 할 목적에서 처벌된다. 형벌의 모든 하위이론은 이러한 가정과 관련하여 발전되었는데 이것을 교정 또는 재사회화(사회복귀) 사상(the reformative or rehabilitative ideal)이라고 부른다. 이것은 사회방위이론을 논할 때 다시 거론하기로 한다.

일반예방에 관한 현대의 저술들은 벤담이 제안한 피상적 심리(superficial psychology)로부터 멀리 떨어지기를 바라면서 (그러나 제8장에서 살펴본 바와 같이 그것은 결코 그렇지 않다) 일반예방은 좀더 광범위한 의미를 포함한다고 주장하려 했다. 그런데 위의 두 가지는 동의어로 사용되지만 의미를 분명히 하자면 이는 일반예방이라고 부를

22) Zimring and Hawkins, *Deterrence*.

수 있다. 일반예방[23]이 의미하는 바는, 일반대중이 형벌의 위협에 의하여 특정한 범죄를 저지르지 않을 뿐만 아니라(사실상 현재는 이것이 소수의 예가 될 뿐이다), 형법이 형벌을 규정하고 있기 때문에 개인이 '선'과 '악'을 배운다는 것이다. 이것은 오랜 기간동안 형성된 일반화된 과정이므로 사람들은 법을 준수하게 되었으며 그렇게 하는 것이 당연하다고 생각하게 되었다. 이러한 과정들을 흔히 형법의 '교육적', '도덕적', 그리고 '관행화된' 효과라고 말한다. 이러한 효과들은 무의식적으로 느껴져야 한다고 주장되고 있다. 아마도 이것은 벤담이 제안한 심리의 문제를 뛰어넘을 수 있을 것처럼 보인다.

공리주의 형벌은 초기 군사주의 국가의 복종 모델에 그 뿌리를 내리고 있다는 점에 비추어 볼 때, 예방이론이 이처럼 확대되어 온 것은 놀라운 일이 아니다. 그러나 불행히도 이렇게 정교한 원칙이 공리주의자들을 곤란한 문제에 빠뜨려버렸다. 즉 만약 일반예방과정이 성공한다면, 사람들은 법이 옳든 그르든 간에 자신들의 법을 준수할 것이고, 모든 사람들은 정당한 법과 부당한 법이 있다는 것을 알 것이라고 공리주의자들은 주장하게 되어버린다는 것이다. 일반예방을 강력하게 지지하는 호킨스(Gordon Hawkins) 교수는 다음과 같은 예를 들고 있다. 즉 "브루노 베텔하임(Bruno Bettelheim)은 나치시대 독일에서 중산계층이 법과 경찰의 지혜에 의문을 제기할 수 없어 그들은 게쉬타포의 행동을 정당한 것으로 받아들였다고 관찰했다. 잘못된 것은 그들이 그 자체로서 정당함에 틀림이 없는 - 왜냐하면 박해가 국가에 의하여 행해졌기 때문에 - 박해의 대상이 된 것이다."[24] 따라서 일반예방은 '권위체를 받아들이고 이에 복종하는 것과 도덕성을 혼동하지 않는 것'이 중요하다고 호킨스는 결론짓고 있다.[25] 그러나 호킨스의 견해는 다른 공리주의 원칙, 즉 형벌은 개별적인 법위반자가 장래의 범죄를 저지르지 못하도록 해야 한다는 원칙과 모순되는 것이다. 왜냐하면 법위반자

23) J. Andenaes, "The General Preventive Effects of Punishment", *University of Pennsylvania Law Review* 114 (1966):949.
24) G. Hawkins, "Punishment and Deterrence : The Educative, Moralizing and Habituative Effects", *Wisconsin Law Review* 2 (1969):550.
25) *Ibid*.

를 교정하지 못하면 이 원칙을 달성할 수 없기 때문이다. 따라서 해결책은 없다. 만약 어떤 자가 부당한 법을 위반하여 '도덕적으로' 행동할지라도 공리주의적인 국가는 장래의 다른 범죄를 저지할 목적으로 처벌할 것이다 - 예컨대, 도덕적인 행위를 제거하는 등. 아마도 여기서 개인을 국가로부터 독립한 존재로 보고 장래의 범죄를 저지하는 데에 아무런 관심이 없는 응보주의적 관점과 크게 대비된다. 이것이 바로 벤담이 부딪힌 딜레마인데 그것은 즉, 왜 그가 완전히 새로운 법률과 도덕의 체계를 세우려고 했는지에 대한 이유가 된다. 왜냐하면 그는 공리주의이론이 정당할 수 있는 곳은 바로 정당한 사회 안에서뿐이라고 보았기 때문이다. 정당하지 못한 사회에서 공리주의자들은 오로지 도덕성이 국가권위와 구별되어야 한다고 말할 수밖에 다른 방법이 없다. 만약 이러한 경우라면 국가가 어떻게 형벌권을 가지는가를 파악하는 것이 어렵다. 따라서 앞에서 본 바와 같이 보호를 빙자한 공갈행위로서의 사회계약이 효력을 지니게 된다. 즉 더 많은 자유를 얻기 위하여 약간의 자유를 마지못해 포기하는 것이다. 그러나 어느 누구도 결코 이러한 과정을 도덕적으로 '올바른' 것으로 간주하지 않는다.

이러한 비판에 대하여 현대의 공리주의자들은 사회에는 형법 외에도 도덕이나 윤리적 행동을 가르치는 사회제도 - 예컨대 교회, 가정, 학교, 직장 등 - 가 많다고 간단히 대답해 버린다. 사회의 특정한 정치구조에 따라 이들 사회기관은 국가와는 다른 방식으로 행동을 상벌하므로 도덕성과 국가에 대한 맹목적인 복종거부에 대한 다른 방식의 견해를 취할 것이다. 국가가 이러한 모든 사회제도들을 통제할 때 바로 독일의 나치와 같은 상황이 발생하게 되는 것이다.

공리주의 제도의 마지막 측면은 '제도'의 옹호이다. 벤담은 "법전을 편찬하다"(codify)라는 용어를 고안했는데, 그 이후 형법과 그 운영의 효율성을 체계화하고, 합리화하며, 증가시키려는 노력이 많이 행해졌다. 벤담은 효율성(efficiency)과 경제성(economy)을 거의 유용성(utility)과 동의어로 취급한다. 우리는 공리주의 형벌이론이 거대한 국가 과정에 가장 적합하다고 결론지을 수 있는데, 그 이유는 공리주의자들이 효율성과 경제성이 하나의 조직체와 하나의 법전에서 유래하는

것으로 보았기 때문이다. 공리주의자들에게는 국가가 형벌의 운영에 절대적으로 필요한 존재이다. 국가는 국민의 동의에 의존하지만 그것은 항상 불확실하다. 그러나 모순되게도 이것은 국가가 더 많이 처벌하면 할수록 그 존재는 덜 불확실하게 된다는 것이다. 왜냐하면 20세기의 이론가들에 의할 때, 국민은 국가가 '올바르다'고 믿을 것이고, 국민은 그에 '복종'하는 것을 배워야 한다고 믿기 때문이다.

개인의 역할 공리주의자들은 기본적으로 개인을 형법에 규정된 처벌과정에 의하여 조작되는 유동적인 대상이라고 본다. 그러나 이것이 공리주의 형벌론상 개인의 개념이 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그렇지만 벤담 이후 공리주의 이론가들은 범죄자의 심리 또는 일반예방의 경우 범죄자가 될 가능성이 있는 자의 심리에 대하여 애매모호한 태도를 취했었다고 말해야 할 것이다. 벤담의 심리학은 매우 복잡한 것이었다. 나의 견해로는 20세기의 심리학과 비교해 볼 때 그 유일한 주된 결점은 무의식에 대하여 전혀 생각을 하지 않았다는 것이다.[26] 무의식의 중요성을 인정하려 들지 않고 본질적으로 합리적인 수단-방법의 도식, 즉 벤담의 모델과 아주 유사한 내적-외적 이분론을 사용하는 많은 현대의 사회심리학 모델이 있다는 것을 유념해 주길 바란다. 현대이론과 벤담이론 사이의 주요한 차이는 그것이 가치중립적 분석 또는 객관적-과학적 분석을 표방하는가이다.[27] 벤담은 인간행위를 도덕적이고도 과학적인 것으로 분석하려고 했다. 벤담은 실제로 개인을 다음과 같이 바라보았다. 즉 개인은 다양한 방향에서 강한 유혹을 제

---

26) 프로이트와 니체는 무의식을 발견한 자라고 알려져 있다. 물론 프로이트의 선생인 샤코트(Charcot)와 같은 사람들도 마취를 이용하여 '의식적으로' 행동하지 않는 행위에 대하여 알고 있었으나, 그 개념에 실질적인 의미를 부여하고 이를 적용했던 사람은 프로이트였다.

27) 현재 지배적인 이 학파는 "귀속이론"(attribution theory)라고 알려져 있다. 그 이론의 가설은, 인간이 자연적으로 목적적이고, 이것을 이용하여 다른 사람의 '동기'를 인식한다는 것이다. 따라서 이것은 행동심리학(예전에 다른 심리학자들이 이해하고 있듯이)이라기보다는 인식심리학이다. 이것은 인식이 행동을 설명하는 핵심적인 열쇠라고 하는 것을 내포하고 있다. 이 이론에 따르면 의도 또는 '자유의사'는 '객관적인' 자료로서가 아니라 '인식된' 자료로서 주요한 이론적 범주가 된다. 이에 관하여는 예컨대, E. E. Jones et al., *Attribution: Perceiving the Causes of Behavior* (Morristown, N.J.: General Learning Press, 1971) 참조.

공하는 이 세상에 직면하여 가능한 한 자신의 기본욕구를 충족시키기 위하여 대안을 고려하고 기본욕구를 동기로 해석하는 생각하는 인간 그리고 이성적인 인간이라고 보았다. 중요한 것은 벤담이 생각한 인간은 프로이트가 후에 주장한 식으로 욕망에 따라 추진하는 것이 아니라, 오히려 유혹에 의하여 이끌려진다는 점이다. 따라서 인간은 주로 외부세계와 관계함으로써 합리적으로 선택한다. 프로이트는 인간을 대부분의 자신의 시간을 내부세계와 연계하는 데 사용하는 것으로 간주하는데, 이것은 후에 사회방위이론이 지배한 시기 동안 범죄학을 받아들인 심리적 결정론으로 쉽게 이끌어진 견해이다.

따라서 19세기의 공리주의 인간모델은 공리주의 형법 모델에 힘을 더해 주었다. 그럼에도 불구하고 그 안에는 하나의 응보주의 원칙 - 즉 자유의지와 고의를 가진 합리적 인간상 - 을 내재하고 있다. 따라서 다른 어떤 형법개혁자들보다도 벤담이 수많은 법률의 제정에 직접적으로 영향을 미쳤다는 사실은 그리 놀라운 일이 아니다.[28] 그는 블랙스톤의 ≪주석서 *Commentaries*≫가 지녔던 체계를 해체시켰지만, 의지(volition)의 개념인 도덕체계를 발전시키는 데 본질적인 부분은 그대로 남겨두었다.

이러한 19세기의 공리주의 인간모델이 예방모델 안에서 사용될 때 응보원칙과 반드시 배치되지 않는 중요한 점이 있다. 만약 '예방'이라는 용어를 좁게 해석하려고 한다면 - 즉 형벌의 위협에 의하여 인간은 첫번째 범죄로부터 억제되거나(일반예방) 또는 나중의 범죄로부터 억제되고(특별예방), 이것이야말로 사람들이 억제되는 유일한 방법이다. 혹자는 사람들이 범죄를 저지르지 않는다는 사실이 형벌이 어떤 방식으로든 개인으로서 그들을 변화시켰거나, 아니면 그들이 법을 '옳은 것'으로 혹은 '합법적인 것'으로 보았기 때문에 복종한다는 것을 의미하는 것이 아니라고 주장할 수도 있을 것이다. 우리는 여기서 다시 평범한 사회학적 문제에 부딪히게 된다. 즉 사람들은 마지못해 복종하는가 아니면 당연시하여 복종하는가? 만약 사람들이 마지못해 복종한다

28) Phillipson, *Three Criminal Law Reformers*를 보면, 벤담이 이룬 업적에 따라 직접적으로 생긴 의회의 많은 법률을 열거해 놓고 있다.

면, 우리는 형벌이 그들을 변화 또는 교정시킬 수 없으므로 개인성은 그대로 남아 있다고 말해도 좋을 것이다 - 응보론자들에게는 이것이 중요한 가치이다. 다른 한편, 만약 우리가 더 넓은 일반예방모델(예컨대, '도덕화되는 효과')을 채택한다면, 우리는 개인은 법적인 형벌에 의하여 변화하고, 따라서 개인성에 대한 응보주의 원칙은 침해된다고 말해야 할 것이다.

일반예방의 좀더 포괄적인 정의에서 사용된 억제 또는 예방은 지난 시절 형법과 형법의 운영에 있어 주요한 주제가 되어 왔는데,[29] 이것은 아마도 우리의 형법이 현재 취하고 있는 공리주의적인 방향을 제시해 주는 것 같다.

先行的(proactive)… 또는 事後的(reactive)인 것으로서의 형벌? 공리주의 형벌원칙의 가장 일반적이고 피상적인 비판은 그것이 개인을 목적에 대한 수단으로 취급하기 때문에(예컨대, 개인은 자기 자신 또는 다른 사람의 또다른 범죄를 예방하기 위하여 처벌된다) 논리적으로 그것은 범죄를 범하지 않은 자를 처벌하게 될 가능성이 있다는 것이다 - 응보주의적 관점에서 볼 때는 이것은 분명히 부당한 형벌이다. 벤담의 이론에 관한 한, 이것은 결코 일어날 수 없다. 이것은 벤담이 '형벌을 과할 수 없는 사례'[30] 목록에서 그가 분명히 언급했는데, 그 첫번째 것이 '어떠한 해악도 없는 경우'이고, 그는 계속하여 형벌을 과할 수 없는 사례로서 소급입법에 의하여 무효가 된 행위가 포함된다고 지적하고 있다.

그러나 이론상 다른 공리주의 원칙, 즉 형벌은 행위에 의하여 야기된 해악을 초과하는데 충분한 양만큼만 사용되어야 한다는 원칙 때문에 이 점은 논란이 될 수 있다. 그렇다면 아무 죄없는 자를 특정한 잔인한 범죄를 범한 것으로 교수형에 처하면 다른 많은 반란폭도들의 생명을 구할 수 있다고 하는 극단적인 상황까지도 상상해 볼 수도 있을

29) Zimmring and Hawkins, *Deterrence* 참조. 경제학자들이 형사사법 분야로 들어와 연구하게 되면 형법이 이러한 방향으로 나아가는 것을 기대할 수 있을 것이다. 이에 대하여는 I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement", *Journal of Legal Studies* 2 (1972):259 참조.
30) Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, pp.159-60.

것이다. 그러나 이는 다수를 위하여는 언제든지 한 사람을 희생시킬 수 있다거나 인간을 수단으로 취급하는 공리주의의 취약성이 증폭되는 극단적인 예이다.

요컨대, 기본적인 공리주의 형벌체계는 실무상으로는 어떻든 기본적으로 사후적(reactive)인 것으로 보아야 한다. 先行的(proactive)인 목적을 위하여 처벌하기 전에 범죄, 즉 억제의 실패가 발생하기를 기다려야 한다. 물론 어떤 자가 유죄성이 없으면 형벌이 없다고 하는 응보주의 원칙과 유사한 점을 주장하려고 한다면 이 문제에 쉬운 방법이 있다. 즉 최대한 가혹한 형벌이 유지되었던 공리주의시대에 그랬던 것처럼, 많은 법률을 제정하면 더 많은 사람들이 법을 위반할 가능성이 더 많아지게 된다는 것이다. 이 때 법을 위반한 많은 사람들은 시범적으로 '정당하게' 처벌될 것이다. 따라서 공리주의는 입법적으로 볼 때에는 先行的일 것 같다.

행정상으로도 先行的일 수가 있는데, 그 이유는 공리주의 원칙이 장래의 범죄를 예방한다는 주된 목적에 의하여 추진되기 때문이다. 현재의 범죄를 찾아내어 그것을 처벌해야 한다. 실제로 벤담 이후 공리주의자들은 형벌을 위한 기본적이고 이상적인 체계를 구축해 왔다. 이러한 체계에는 네 가지 중심개념, 즉 형벌의 확실성, 엄격성, 신속성, 그리고 홍보성(certainty, severity, celerity, and publicity of punishment)이 있다. 모든 형벌은 신속하고 확실해야 한다. 우리는 형사사법의 운영이 강력히 집행되기를 기대해야 한다. 형벌은 더 많이 홍보되어야 하고, 범죄로부터 얻는 이득보다 형벌은 더 엄격해야 한다. 범죄자 또는 잠재적인 범죄자에게 만약 그가 범죄를 범하면, 그는 분명하고 신속하게 처벌될 것이라는 것을 잘 알게 해야 한다. 우리의 범죄통계와 복잡한 법원제도 그리고 거의 통제되지 않은 양형 실무는, 홍보성이라는 점을 제외하면, 오늘날 이러한 것들을 거의 불가능하게 만들고 있다. 다음 章에서는 이러한 억제의 개념에 대하여 더 언급할 것이다.

결론적으로, 공리주의자들이 이론상 논리적으로 죄없는 자에 대한 형벌을 더 큰 이익을 위하여 인정했던 반면, 전통적인 공리주의자, 특히 벤담은 그러한 견해를 결코 채택하지 않았다. 어쨌든 이 문제는 실

제로는 발생하지 않는다. 왜냐하면 사람들이 위반할 수 있는 법률은 엄청나게 많기 때문이다. 따라서 공리주의자들은 범죄에 대하여 사후적인 대응을 고수한다. 그러나 예방이 공리주의모델의 유일한 목적이기 때문에, 그들은 형법의 효과적이고 완전한 집행모델을 더 선호해야 한다.

범죄자의 신분 공리주의자들은 오랫동안 범죄자들 사이의 개인차를 인정해 왔다. 분명히 벤담은 모든 사람들은 그들이 쾌락이나 고통을 느끼는 방식에 따라 다르다고 하는 것을 인정했다. 이에는 두 가지 측면이 있는데, 그 하나는 양의 문제, 즉 감정의 强度이고, 다른 하나는 '편차'의 문제로서 이는 감각의 質에 관한 것이다. 이러한 개인적인 감각의 두 가지 다른 측면은 많은 요소들에 따라 반응하는데, 그것을 벤담은 32가지로 목록화했다. 이에는 건강, 힘, 지력, 비정상, 우리가 오늘날 '성격'이라고 부르는 다양한 속성, 종교적 성향, 관습적 직업, 성, 연령, 지위, 교육 등등이 포함된다. 벤담은 이들 가운데 많은 것을 다양한 정도에 따라 형벌의 면제사유로서 인정하려 했다. 그후 나중에 등장한 공리주의적 개혁가들은 형벌의 개별화이론을 발전시켰는데,[31] 이것은 후에 사회방위이론의 골격이 되었다.

우리는 19세기의 공리주의자, 특히 벤담이 형법의 개혁에 관심을 가졌을 뿐만 아니라 사회 전체의 개혁, 특히 종종 범죄의 원인으로 간주되는 것 - 노동계층의 불결한 환경 - 을 뿌리뽑는 것에도 관심을 가지고 있었다는 것을 기억해야 한다.[32] 18세기의 몰수의 폐지와 19세기 부채변제를 확보하기 위한 감금의 폐지는 분명히 바로 이러한 이상에 의하여 추진된 것이다. 그것은 범죄자들의 가족을 이차적으로 처벌하려는 것을 줄이기 위한 것이었다.

공리주의 모델이 가장 적합한 다른 측면이 있는데, 이것이 바로 특정한 범죄자계층에 대한 것이다. 일정한 일반적 조건(예컨대, 연령, 성, 사회적 조건)의 가능성을 받아들인다면, 분명히 범죄를 범하는 경

31) Salleilles, *The Individualization of Punishment*.
32) 이에 대하여는 예컨대, H. Mayhew, *London Labor and London Poor* (New York : Dover, 1968), Vol.IV 참조.

향에 있어서 개인차가 있을 뿐만 아니라 특정한 집단 내에서도 차이가 있다.[33] 따라서 예컨대, 오늘날 범죄통계에 의하면 젊은 남성, 흑인, 빈민이 지금까지는 가장 범죄를 많이 저지르는 집단이었다. 만약 내가 주장한 예방체계의 완전한 집행모델을 공리주의자들이 신중하게 받아들인다면, 그들은 형법을 이들 집단에 강력하게 적용할 것을 옹호해야 할 것이다. 사실 그들은 형벌의 차별적인 적용을 옹호해야 한다. 아니면 만약 그럴 생각이 없다면, 적어도 그들은 이러한 집단 내에서의 범죄자처벌이 널리 알려져야 한다고 해야 할 것이다. 그러나 오늘날 청소년범죄자의 나이나 신분은 비밀로 하고 있으며, 범죄자의 인종조차도 신문에서는 보도하지 않고 있다.

반복하여 말하건대, 역사적으로 볼 때 공리주의 형벌은 특정한 '소수자' - 그들이 여자, 아이들, 노예, 군인 또는 동물이든간에 - 들에게 적용되어 왔다. 공리주의 형벌을 다르게 사용하는 것은 논리적으로 불가능하다. 결국 그 기본적인 논조는 '最大多數의 最大幸福'이다. 결코 '모든 자'에 대한 최대의 행복을 주장하지 않았다. 이에 대하여는 마지막 章에서 논한다.

재 량 공리주의자들이 사법적인 재량을 선호했는지 아닌지는 명확하지 않다. 분명히 벡카리아는 사면이나 다른 유형의 사법적 재량을 반대했는데, 그 이유는 그렇게 된다면 법관은 마치 폭군과 같이 자기 멋대로 행동하게 되게 때문이라고 했다. 다른 한편, 영국법의 수호자인 블랙스톤은 사면과 국왕의 대권적인 은총을 응보적인 형벌제도의 본질적 측면으로서 옹호했다. 물론 문제는, 라지노비츠가 지적한 것처럼, 사면이 비교적 드문 예외로서 사용된 것이 아니라(응보원칙이라는 것을 상기하자), 거의 일상적으로 사용되었다는 점을 블랙스톤은 인식하지 못했다는 점이다. 따라서 사면은 18세기와 19세기에는 응보적으로 사용되지 않았다 - 사면은 최대한도의 가혹성 원칙의 효과를 완화시키는 데 사용되었다. 따라서 사면은 공리주의 원칙을 위하여 사용되

33) 이것은 현대의 예방론자들에 의해서도 인정된 바이다. 이에 대하여는 Hawkins, "Punishment and Deterrence" 및 Zimmring and Hawkins, *Deterrence* 참조.

었다.[34]

또한 벤담은 재량이 상당히 구조화되었을 때에만 재량을 허용해야 한다고 한 점도 그의 업적에서 도출되어야 할 것이다. 나이, 종교, 인격과 같은 주요한 요소들을 형벌의 적용을 완화시키는 데 허용했기 때문에, 얼마만큼의 사법적 재량이 벤담이 기대한 정도로 형벌을 개별화시키는 데 배제될 수 있는가를 알기가 어렵다. 그러나 벤담은 명백히 사법부를 혐오했기 때문에 그가 사법부에 많은 자유를 허락했다고 보기 어렵다 - 그는 분명 사법부의 양형 결정을 지도하는 기본원칙도 만들었음직하다. 그러나 벤담은 가끔씩만 사용한다는 전제하에서 국왕의 대권적 사면을 인정했다.

사회방위원칙

定義와 起源 사회방위 이론(Social Defence theory)은 만약 사회가 존속하려 한다면 범죄의 억압과 범죄자의 처우를 통해서만 스스로를 보호해야 한다고 주장하는 이론이다.[35]

나는 이미 이 章에서 사회방위가 공리주의의 한 분파를 구성한다고 말한 바 있다. 나는 이렇게 보는 것이 일반적으로 옳다고 생각하면서도, 사회방위의 원칙이 공리주의를 넘어 자신의 독특한 이론을 구성한다는 것도 아울러 지적한다. 분명 사회방위를 가장 먼저 그리고 명쾌

34) 그러나 우리는 사면이나 감형을 제안한 것이 18, 19세기 법관들이 행사한 유일한 형태였다는 것을 인정해야 한다. 사실 그들은 딱딱한 문체로 된 형법에 기속되어 있었다. 그 결과, 법률을 실무에 적용하기 위해 모든 형법에 필요한 '완화'작업은 배심원과 기소단계에 맡겨졌다. 여기서 '재판을 협상하는' 첫번째 단계가 발전하게 된 것이다. 즉 검사와 변호사 그리고 배심원은 절취된 물품의 가치를 홍정하여 범죄자에게 중죄가 아닌 경죄로 기소했다. 유죄답변협상(plea bargaining)에 대하여는 C. Cottù, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre* (Paris: G. Gaselin, 1820) 참조. 꼬뚜(Cottù)는 대중들이나 판사 또는 배심원 앞에서 유죄답변협상(plea bargaining)이 발생하는 경우 위조된 화폐를 사용한 범죄와 관련하여 유죄답변협상을 기술했다. 꼬뚜의 저서를 번역해 준 데이비드 토마스(David Thomas)에게 감사드린다.

35) M. Ancel, *Social Defence: A Modern Approach to Problems* (New York : Schocken, 1965).

하게 설명했던 엔리코 페리(Enrico Ferri)는 자신이 공리주의자로 분류되는 것에 대하여 분명 화를 낼 것이다. 왜냐하면 그의 대부분의 저서들은 그가 "고전학파" - 이에는 벡카리아와 벤담이 포함된다 - 라고 부른 것에 대한 비판으로서 전개되었기 때문이다.

이 학파의 기원은 비교적 최근이다. 사회방위학파는 공리주의 개혁이 형법에 영향을 미치고 있었음에도 불구하고 범죄가 계속 증가하고 주요한 사회문제가 되었던 19세기말에 등장했다. 이와 동시에 두 개의 중요한 학파가 발생했는데, 그것이 바로 범죄학과 사회학에 있어서의 실증주의운동(positivist movement)과 사회문제를 분석하는 맑스적 방법(Marxist method)이다. 페리는 자신이 두 개의 학파의 중간에 서있다고 생각했다. 그는 초년시절 학생과 교수로서 사회를 완전히 맑스적으로 분석하여 학계에서는 맑스주의자로 정치적인 차별대우를 받았다. 그러나 맑스를 연구함으로써 그 이전의 어떤 형법개혁자들보다도 더 나았던 점은 바로 그가 범죄의 사회적 요소를 사실적으로 인식했던 점이다. 그는 형벌이 범죄를 제거하는 데 있어서는 매우 제한된 영향밖에는 미치지 않는다고 보았는데, 그는 이것이 고전학파에서는 만병통치약으로 간주되었다고 비판하고 있다. 따라서 그는 '형벌대체수단', 즉 범죄의 사회적·경제적·정치적 조건을 뿌리뽑을 수 있는 국가적 조치를 권고했다. 왜냐하면 "사회개혁은 폭증하는 범죄를 예방하는 데 있어서 형법보다도 훨씬 더 유용하기 때문"[36]이다. 벤담에 대하여 공평히 말하자면, 형벌대체수단의 사용(벤담은 이를 간접적 입법이라고 불렀다)이 그의 체계의 중심적 요소였다는 것을 지적해야 할 것이다. 그러나 벤담은 그의 체계하에서는 사회가 발전됨에 따라 형벌의 가혹성이 점차 줄어들 것이라고 확신한 반면, 페리는 훨씬 현실적인, 심지어는 비관적인 견해를 취했다.

물론 그 이유는 체자레 롬브로조(Cesare Lombroso)의 영향 때문이었다. '과학적인 방법'(예컨대, 측정과 분류 등)을 사용한 롬브로조는 생물학적으로 격세유전적인 일단의 범죄자들을 따로 분류했다. 페리는 그들을 '생래적 범죄인'(born criminals)이라고 불렀고, 그들은 형벌을

36) E. Ferri, *Criminal Sociology* (New York : Appleton-Century Crofts, 1900).

받아도 개선 또는 교육하기가 불가능하므로 처벌해도 아무 소용이 없다고 확신했다. 사실 페리는 형벌과 관련하여 세 가지 주요 집단이 있다고 주장했다. 첫째, 도덕적이고 종교적인 교육배경 때문에 전혀 범죄를 저지르지 않는 대다수의 사람들로서 이들에게는 형법이 필요없다. 이들은 모든 사람들이 범죄를 저지르지 않도록 해야 될 필요가 있다고 가정하는(일반예방) 공리주의자들로부터는 완전히 배제된다. 둘째, 도덕성이 결핍되고, 원시인과 같은 유형의 범죄자들에게는 형벌이 소용없다. 셋째, 이 둘 사이에 존재하는 집단으로 간헐적이고 습관적인 범죄자가 있는데, 이들은 양자의 성질을 조금씩 가지고 있다. 이들에 대하여 형벌은 효과가 있을 수 있다.

따라서 페리는 현실주의자였다. 왜냐하면 그는 공리주의자들이 예측한 수준에서 형벌의 효과를 얻기 위해서는 人道主義에 완전히 배치될 정도로 오랜 기간 동안 형벌에 처하면 될 것이라는 것을 인정했기 때문이다. 예컨대, 그는 유일하게 사형이 의미있게 사용되는 것은 생래적 범죄인을 완전히 없애버리는 것일 것이지만, 이것은 이태리에서만도 매년 1,000번의 사형집행이 필요할 것이기 때문에 이것은 전혀 비현실적인 것이라고 주장했다.

따라서 우리는 사회방위론이 공리주의와 구별되는 근본적인 차이점은, 사회개혁을 통해서는 감소될 수는 있지만 형벌에 의해서는 거의 감소될 수 없는 불가피한 일정량의 범죄에 대하여 사회를 방위한다는 사회방위론자들의 사회적 현실주의와 목적이라는 것을 알았다. 근본적으로 이것이 문제였다.

이것이 바로 1920년대의 사회방위론의 개념이자 의미였다. 후에 이것은 행형학에 있어서 유명한 두 가지 기본양상 - 즉 범죄의 억압을 통해서 뿐만 아니라 범죄자의 치료를 통한 사회방위 - 을 포함하여 더 확대되었다.[37] 때때로 이전의 실증주의자들에 대한 치료와 사회복귀의 관계가 인정되지는 않았지만, 그 후 치료와 사회복귀는 사회방위학파의 중심적인 요소가 되었다. 이것은 페리의 업적을 논리적으로 확대시

37) Lady B. Wootton, *Crime and the Criminal Law* (London : Stevens and Sons, 1963).

킨 것이다. 비록 페리가 범죄자의 개선을 형벌의 가치있는 목적으로 인식하기는 했지만, 그는 이것을 부수적인 중요성으로 치부했다. 첫번째 중요성은 물론 범죄에 대한 사회방위이다. 그러나 그가 개혁적인 이데올로기를 받아들였다는 것은 그의 저서에서 항상 엿볼 수 있는데, 특히 그 증거로서 그가 不定期刑을 옹호했다고 하는 점을 들 수 있다. 그러나 우리는 이것을 여기서는 논외로 하자.

형벌, 부정적인 명령 사회방위론자에게 있어서 형벌은 가장 중요한 보호장치이다. 그들은 모든 범죄를 제거한다거나 예방한다는 공리주의적 이상을 포기했다. 그러나 범죄를 제거하는 데 사회개혁이 적용된 후에도 처리해야 할 생래적 범죄인들이 있을 것이다. 사회는 스스로를 보호할 권리가 있다. 맑스주의자들은 개인적인 권리가 자동적으로 사회적 권리로부터 흘러나온다고 주장할 것이지만, 개인적 권리를 능가하는 사회적 권리를 인정하는 것이 맑스주의적 전제조건임에 틀림없다. 따라서 사회는 사회 스스로를 보호함으로써 개인을 보호하기 때문에, 사회가 개인을 처벌하는 것은 완전히 정당화된다.

비록 페리가 "힘은 항상 힘을 위하여는 나쁜 처방이다"[38]라고 주장하긴 했지만, 그럼에도 불구하고 그는 고전학파를 (a) 하류계층에 대한 가혹성을 줄이고, (b) 형벌의 신속성을 보강하는 것을 결코 허락하지 않는 형법의 전통적인 구조를 지지함으로써 형벌의 효력을 감소시킨다고 비판했는데, (페리를 비롯한) 모든 공리주의자들은, 만약 형벌이 작용하도록 되어야 한다면, 이러한 내용을 필수적인 것으로 보았다. 따라서 페리는 형벌의 예방효과를 강하게 의심했다.

그는 사회로부터 위험한 범죄자들을 격리함으로써 그들을 무력화시키는 기능을 가진 형벌을 부정적이고 미봉적인 조치로 간주했다. 나중에 범죄자에 대한 처우가 뒤따를 수 있지만, 페리에게 있어서 중요한 것은 사회를 보호하는 것, 즉 범죄적인 요소에 대하여 사회를 방위하는 것이었다. 그리고 이것을 가장 효과적이고 현실적으로 실현하는 방법은 범죄유형에 따라 '범죄자'들에게 형벌을 과하는 것이지, 고전학

38) Ancel, *Social Defence*.

파의 공리주의자들이나 응보론자들이 항상 그러했던 것처럼 '범죄'에 대하여 형벌을 과하는 것이 아니다. 이것은 범죄예방을 위한 목적으로서의 수단으로 범죄자가 처우되어야 한다고 하는 공리주의적 개념의 확장일 뿐이라고 볼 수 있다 - 따라서 범죄자에게는 부정기형과 교정조치가 처해질 수 있다. 또한 범죄자들을 형벌의 유일한 대상이라고 본 점에서 범죄자들은 그 자체가 목적으로 처우되어야 한다고 하는 응보주의적 개념의 요소도 있다. 그러나 이는 단지 유사한 점이 있을 뿐이다. 응보주의자들에게 있어서 대상이 되는 것은 범죄자가 아닌 형벌이다.

1950-60년대 "의료학파"(medical school)가 등장함에 따라 형벌을 부정적인 명령으로 본 페리의 사상은 사라졌고, 범죄자들은 심지어 무력화될지라도 실제로 치료되어야 한다고 믿게 되었다.[39] 따라서 형벌은 긍정적인 명령으로서 간주되었고, 이제는 '형벌'과 '치료'라는 두 개의 용어가 어쩔 수 없이 혼동되기까지 했다. 형벌은 플라톤이 이미 오래전에 주장한 바와 같이 치료적인 것으로 간주되었다.[40] '범죄자의 치료'라는 사상은 인간을 영원히 무력화시키는 것과 관련된 분명한 도덕상의 기술적 문제를 경감시키는 데에 이용되었고, 범죄자의 석방은 순수하게 교도소 또는 가석방위원회의 재량으로 남게 되었다. 이러한 체계하에서는 범죄자들이, 응보적인 기준에서 볼 때 가볍게 볼 수도 있는 범죄로 장기간 감옥에서 지낼 수 있다. 왜냐하면 그는 '위험'하다고 진단받을 수도 있고, 다른 '병질'을 가지고 있는 것으로 진단될 수도 있기 때문이다.[41] 내가 보기엔 페리는 그러한 생각을 가지고 있지는 않은 것 같다. 그는 치료의 필요에서가 아니라 범죄자를 무력화시킴으로써 사회를 방위할 필요에서 범죄자에 대한 장기간의 무력화를 정당시했다.

국가의 역할 페리는 국가가 형벌의 운영에 있어서 가장 중요한 역

39) *Ibid.*
40) Plato, *Gorgias in the Collected Dialogues of Plato*, ed. E. Hamilton and H. Cairus (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1961), pp.262-263.
41) 예컨대, A. J. R. Mattews, *Mental Disability and the Law* (Chicago : American Bar Foundation, 1970) 참조.

할을 한다고 주장했다. 국가는 위험한 범죄자들을 확인하고 분리하는 작업을 해야 할 뿐만 아니라, 범죄피해자에 대한 보상을 그 주요 역할로 해야 한다. 또한 우리는 벤담 역시 이것을 권고했고 그것을 다른 유형의 형벌보다 우선시켜 생각했던 점에도 유의해야 한다. 그러나 벤담은 가난한 범죄자들로부터 실제로 보상을 받는 것에 대하여는 회의적이었다. 페리 역시 이러한 어려움을 알고 있었지만 그는 범죄피해자가 적절하게 보상받도록 하는 것이 국가의 책임이라고 주장했다. 그는 우선적으로 범죄를 예방하는 데 실패한 것이 국가인데도 국가가 범죄자로부터 벌금을 받아 돈을 챙기는 것을 냉소적으로 보았다. 따라서 국가가 해야 할 최소한의 것은 범죄피해자에게 보상하는 것이다. 페리는 그러한 제도가 집행될 수 있는 방법은 교도소 노역을 발전시키는 것인데, 수형자들은 교도소에서 자유경쟁적인 임금을 받아 그 돈으로 자신의 생활을 유지하고 피해자에게 보상을 해 줄 수 있다고 제안했다.

물론 사회방위제도하에서도 국가의 잠재적인 독재성이 분명히 나타난다. 논리적으로 볼 때 이 제도하에서는 범죄자들이 범죄를 범하기 전에 범죄자를 판결하는 것이 가능할 수 있다(예컨대, 그들이 잠재적으로 위험하다고 진단된다면, 범죄와 정신이상 사이의 구분이 희미하게 될 것이다). 사람들은, 역사를 통해 도덕적인 개념을 명백한 제도로 발전시킨 형법과정을 근거로 해서가 아니라, 아직도 그 스스로의 도덕성을 파악하는 과정(만약 그러한 것이 있다면)에 있는 정신치료적 또는 진단적인 과정을 근거로 생명을 박탈당할 수 있다.

범죄피해보상과 그것을 시행하는 것을 국가의 책임으로 본 페리의 생각이 응보주의적인 관점과 정치적인 관점에서 나온 것이라고 생각할 수도 있을 것이다. 또 응보형벌의 기본적 요소는 형벌의 상호적 조정이고, 어떻게 응보형벌이 가혹한 형벌이 흔하지 않았던 중세시대 동안 작용할 수 있는 것으로 발전되었지를 회상할 수도 있을 것이다. 그러나 오늘날의 복잡한 국가가 부상하자 이러한 응보사상은 너무나 단순한 것이어서 작용하지 못했다. 그러나 국가가 응보사상을 지지했다면 아마도 응보는 회생할 수 있었을 것이다. 중요한 것은 국가가 사회계약을 빌미로 한 유일한 사이비 보호자가 된 것이 아니라, 오히려 범죄

자와 피해자 사이의 관계를 조절하는 중재자가 되었다는 점이다.

개인의 역할 페리는 사회방위학파를 개인과 사회의 균형을 맞추려고 하는 것으로 특징지었다. 우리는 공리주의를 논할 때 이 문제가 얼만큼 중요하고 그것이 결코 완전히 해결되지 않았다는 것을 이미 보았다. 페리와 오늘날의 사회방위론자인 바바라 우튼(Barbara Wootton) 여사가 제시한 '해결책'은 사회적 책임의 개념을 법적 책임으로 대체한 것이다.[42] 페리는, 사회적 책임이라 함은 법적 책임 사상이 사라지고, 그 대신 범죄자는 단지 (a) 그가 범죄를 행하고, (b) 그가 사회의 구성원이라는 이유만으로 범죄행위에 책임을 진다는 이론으로 대체되는 것을 의미한다고 했다. 따라서 행위의 정도를 결정하는 주요한 기준은 사회에 미친 해악의 정도이어야 하고, 이를 특별히 페리식의 용어로 하면 범죄자의 위험성이 된다. 사실상 사회방위론자들이 특정한 범죄의 무게를 정한다는 것은 의미가 없다. 오히려 사회방위론자들은 특정한 범죄자의 무게에 초점을 맞춘다. 이것은 환상적이기까지 하다. 왜냐하면 그것은 형법의 본질 - 사악한 생각, 또는 좀더 법률적인 용어를 사용하면 '고의' - 을 부정하기 때문이다. 로마시대나 그 이전에까지 거슬러 올라갈 수 있는 이러한 오래된 생각에서는 금지된 행위의 무게는 만약 행위자가 고의로 행했을 경우에는 더 심해진다고 한다. 도덕성을 통한 구분이 기본이 되고, 형법이라는 문화적 유산에 계속적으로 위협을 가하기 때문에 사람들은 페리나 우튼과 같은 명석한 형법학도들이 그러한 것을 제안할 수 있었다는 데에 놀라움을 표할 것이다. 분명히 우튼은 페리보다도 더 극단적이다. 형법에서 그 도덕적인 색체를 완전히 배제하는 효과를 줄 수 있는 변화가 생겼을 수도 있었다. 이것은 또한 형법을 완전히 다시 써 범죄로부터 '고의' - 이는 많은 범죄들의 법률구성요소로 되어 있다 - 를 배제시키는 식으로 재구성할 것을 요구할 것이다. 벤담은 이러한 문제를 이해하고, 사회에 대한 해악의 수단을 발전시켜 정신적 요소를 구체화한 새로운 도덕 용어를 고안했다.

42) Wootton, *Crime and the Criminal Law.*

페리와 우튼에게 있어서 정신적 요소는 물론 중요하지만, 그들에 따르면, 그것은 도덕적이거나 사법적인 평가로서 중요한 것이 아니라 범죄자의 행동의 '원인결정요소'로서 중요한 것이다. 실증주의가 지배하고 있었기 때문에 사회방위론자들은 범죄자 행위의 심리학적 + 생리학적 및 사회적 원인을 평가하는 것은 그것이 과학적이기 때문에 객관적이라고 생각했다. 따라서 범죄자를 원시적으로 처우하기 보다는 객관적으로 처우하고, 과학이 그 치료책이 될 수 있게 되었다. 이미 우리는 페리가 치료의 효율성에 대하여 낙관적이지 않았다는 것을 보았지만, 사회방위학파의 이러한 이론적 근거는 부정기형의 확산, 확대된 정신치료과정, 그리고 기타 범죄자의 진단, 심지어는 스웨덴에서 시도하고 있는 것처럼 형법에서 고의를 없애려고 하는 것까지 정당화시켜준다. 우튼 여사 역시 우리들에게 영국형법상 많은 범죄들이 이미 이러한 종류의 것(이를 '무과실책임 범죄'라고 부른다) - 예컨대, 속도위반운전이나 기준이상의 음주운전 - 이라는 것을 상기시켜 준다. 사실 우튼은 "실제로 거의 분명히 형사법원이 처리하는 대부분의 사례는 고의의 입증이 필요하지 않은 무과실범죄의 사례"[43]라고 주장한다. 무과실책임의 범위를 확대시켜 온 형법에 많은 변화가 있었던 것이 사실이지만 우튼의 주장을 사실로서 받아들이기는 아직 어렵다. 그러한 변화는 특별법(예컨대, 혈중알콜농도에 의하여 결정된 음주운전, 불법영득의사를 입증할 수 없는 자동차의 사용절도) 또는 현행법에 대하여 특별한 규정이 있는 경우(예컨대, 흉기를 사용한 경우에는 폭행이 자동적으로 좀더 심각한 범죄라고 추정되는 것)에 있어 왔다. 실제로 형법은 사회방위원칙에 적합하도록 되어 왔다. 그러나 형법은 다음의 중요한 단계를 만들지 못했다. 즉 법적으로 고의를 심사하는 것을 정신치료적으로 심사하는 것으로 대체하는 단계는 아직 시행되지 못하고 있다.

사전조치로서의 형벌 어떤 전략가라도 최선의 방위는 공격이라는 것을 잘 알고 있다. 그리고 이것은 사회방위론자들이 권고하는 전략이

43) *Ibid.*, p.108.

기도 하다. 일단 관심의 초점이 범죄에서 범죄자로 옮겨지자 현대의 사회과학 및 심리학이 동원되어 범죄를 범할 가능성이 있다고 판단되는 자들을 미리 확인하는 기술을 발전시키는 것은 간단한 문제가 되었다. 따라서 사회방위학파는 형법상의 제재를 운영하는 데 있어 매우 극단적인 사전조치방법을 취하고 있다. 1950-60년대에 비행과 범죄를 예측하려는 많은 시도들이 이 학파에서 행해졌다. 현실주의자였던 페리는 사회를 위험한 범죄자들로부터 보호하는 데 있어서 형사사법과정이 심각하게 방해된다고 보았다. 이전에 범죄를 범한 자는 특정한 종류의 사람이고, 법은 그를 특별하게 취급해야 한다는 것은 그에게 아주 명백한 것이었다. 따라서 옹보적 형벌제도의 근간이었던 무죄추정은 전과자에 대한 경우에는 배제되어야 한다. 대신 법집행과정과 수사과정에서 이전에 범죄를 범한 피고인이 유죄라고 추정하는 것은 당연하므로 - 사실 법을 준수하는 시민을 보호하기 위하여는 그것이 국가의 의무이다 -, '적정절차'라고 하는 관료적이고 비능률적인 도구는 없어도 되는 것이고 범죄자는 즉시 감금될 수 있다.

배심제도 역시 사회방위에 도움이 되기보다는 장애가 된다. 페리는 그것을 악법에 대한 개량적 메카니즘으로 보았고, "법의 파괴라기보다는 법의 치료책"[44]을 가지고 있다고 한 벤담의 말을 긍정적으로 받아들였다. 나아가 범죄자의 평가는 더 이상 도덕적이거나 사법적인 것이 아니라 과학적인 것이기 때문에 일반인들이 이러한 복잡한 판단을 할 여지는 없다.

그러므로 극단적으로 말하면, 사회방위론자들은 사회의 보호를 우리가 알고 있는 법 이상으로 추구했다고 말할 수 있다. 그들은 앞으로 발생할 가능성이 있는 위험성을 근거로 사람을 무력화시키는 것을 인정할 수도 있고,[45] 범죄자의 유죄를 전과만으로 추정하는 강력한 법집행모델을 인정할 수도 있다. 또 그들은 형법을 재편성하여 범죄를 개인의 도덕적 유책성이 아니라 사회에 대한 해악이라는 개념으로 정의

44) Ferri, *Criminal Sociology*, p.185.
45) 이에 대하여는 N. Morris and G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control* (Chicago : University of Chicago Press, 1970) 참조.

할 수도 있다. 그러나 이것은 극단론일 뿐이다. 사실 페리는 '악의'에 의해 범해진 범죄와 '건방진 태도'에 의하여 행해진 범죄 사이의 기본적인 차이를 실제로 인정하고 있는 사회방위이론에 근거하여 모범형법전을 만들었다. 그러나 그는 '악의의 고의'가 행위를 더 악하게 만든다고 하는 윤리법적 근거에서가 아니라 범죄자의 증가된 위험성을 반영했다는 근거에서 이러한 구분을 정당화시켰다.[46] 이러한 매력적인 문제를 추구하는 것은 이 책의 범위를 넘어서는 것이지만, 그것은 반드시 연구해 볼 필요가 있는 부분이다. 벤담과는 달리 페리는 도덕의 완전한 새로운 체계를 세우지는 않았다. 대신 그는 당시의 이태리형법을 고수하여 그것을 그의 사회방위적 관점에 따라 재편하려고 했다. 그러나 이태리정부는 그의 모범형법이 너무 급진적이라고 하여 이를 배척했다. 물론 이러한 결과는 그의 모범형법이 이미 암시하고 있었다. 사람은 사악함을 다른 이름으로 부름으로써 그것을 없앨 수 없다. 만약 그것을 할 수 있다고 생각한다면 조만간 그것은 재발견될 것이다.

범죄자의 신분 범죄에 대하여 사회를 보호하기 위해서 사회 내의 특정한 유형의 범죄자들을 철저하게 구별할 것을 요구하는 것은 당연하다. 가장 구별되는 자는 가능하면 효과적이고 신속하게 사회에서 격리되어야 할 상습적이고 위험한 범죄자이다. 그러나 모든 사회방위론자들은 일단 그러한 범죄자들이 격리되면 그들이 인간적으로 처우되어야 한다는 데에는 동의하고 있다.[47] 그러나 이 용어의 의미는 학자마다 다르다. 어떤 자들에게 있어서 '치료'(의학적, 심리적으로)는 일견 처벌보다는 더 인간적이라고 당연히 생각될 수 있다. 따라서 치료는 사회방위론자들이 권고하는 장기적인 부정기형을 상당히 개량시킨 것으로 간주된다. 물론 비형벌적인 상황에서조차 치료가 '인간적'이라고 주장하는 데에는 문제가 있고, 이것은 주로 고통을 가하거나 신체를 침해하는 것과 관련이 있다.[48] 페리에게는 집단작업과 범죄자의 손해배상이 인간적인 처우이다. 그는 특히 미국의 교도소에서 행하는 감방

---

46) E. Ferri, *Project for a Model Penal Code* (n.p., 1921), pp.395-492.
47) Ancel, *Social Defence*; Wootton, *Crime and the Criminal Law* 참조.
48) 이에 관한 심도있는 논의에 대하여는 제13장 참조.

시설을 비판했다.

혹자는 극단적으로 페리처럼 위험한 범죄자에게 초점을 맞출 수도 있다. 만약 범죄행위의 원인이 생물학적(선천적), 심리학적(가족관계), 그리고 사회적(경제적 조건)이라고 하면 진실로 예방적인 사회방위는 범죄자 뿐만 아니라 그의 가족에게도 형벌을 가해야 할 것이다. 페리는 이를 인정하면서 다음과 같이 주장한 플라톤의 말을 회상시켜 주고 있다. 즉, "아이들이 그 부모의 범죄로 고통을 받지 않아야 한다는 것을 인정하면서도 사형을 당한 아버지, 조부, 증조부의 경우를 생각해 보면, 그의 후손들은 교정불가능한 가족에 속하기 때문에 사라져야 한다."[49] 예방에 관심을 가지고 있는 현대의 사회방위론자들은 범죄자가족의 아이들을 치료하는 것을 인정한다 - 그러나 유배까지 인정하는 것은 아니었다. 범죄자가족에 대한 이러한 부차적 형벌을 주장하는 것은 그렇게 과도한 것은 아니다. 우튼과 기타 다른 사람들은 비행자의 부모를 처벌할 것을 주장하고 있다. 아동구타의 많은 사례들이 부모에서 자식으로 계속적으로 세대를 두고 발생하고 있다. 가족치료요법에서는 환자를 위한 치료의 책임을 환자 이상으로 보고 있다.

이제 우리는 사회책임의 진정한 의미를 보아야 한다. 사회방위론자들은 결코 도덕적 책임을 뿌리뽑지 못한다. 그들은 그것을 계속 유지하고 있으며 그 위에다가 일련의 다른 책임, 즉 사회적·심리적·생물적 책임을 덧붙인다. 모든 사람은 자기 자신에 대하여 책임을 진다. 따라서 자신이 행한 것에 대하여도 책임을 져야 한다. 왜냐하면 자신이 행한 바가 곧 자기 자신이기 때문이다.

결국 사회방위론자들은 범죄자가 일종의 적이라는 생각을 떨쳐버릴 수 없다. 그러므로 이러한 관점에서 어떻게 범죄자를 '인간적'으로 처우할 수 있는지 또는 어떻게 사회적 개인주의의 원칙이 실제로 작용할 수 있을지를 알기가 어렵다. 보호의 수준이 높을 것이라는 것은 인정할 수 있지만, 국가에 대하여 힘을 낭비하는 것과 그 제도로 인해 개인이 희생되는 위험은 허용되지 않을 것이다. 그러나 도심의 높은 범죄지역에 사는 사람들에게 있어서 사회방위적 접근방법은 매우 매력적

49) Ferri, *Criminal Sociology*, p.251.

으로 들릴 것이다. 비용과 위험은 마지막 章에서 살펴보는 것만큼 심각하지는 않을 것이다.

재 량 만약 형법의 법적 요소(예컨대, 고의의 개념)가 유지된다면, 법관은 개별적인 사례를 평가하는데 있어서 상당한 재량을 사용하는 것을 기대할 수 있을 것이다. 그러나 극단적인 사회방위제도하에서 법관의 역할은 단지 범죄가 발생했는가 아닌가 또는 피고인이 그 당사자인가 하는 것만을 인정하면 될 것이다. 범죄인을 진단하고 분류하며, 바로 그러한 분류를 근거로 해서 양형을 행하기 위해 정신적 요소의 평가는 의료·심리·사회학의 전문가들이 행해야 할 것이다. 형법상의 많은 전통적 증거법칙은 사라져야 할 것임에 틀림없다. 왜냐하면 범죄자에 대한 과학적 평가가 모든 이용가능한 정보를 이용하게끔 하기 때문이다. 특히 과학적인 평가자들에 의한 거의 통제되지 않는 재량의 가능성이 매우 높다. 물론 이것이 왜 재판단계에서 결코 발생하지 않는지를 말해주고 있다. 그리고 적어도 이탈리아의 경우, 대부분의 현대적인 교정상황에서는 법관이 양형 선고시 범죄자의 후속처분을 결정할 때 진료팀과 함께 좌정한다. 교정분야에서 범죄자의 치료에 있어 사회방위의 극단적인 결과를 유명한 허스테드베스터(Herstedvester) 교도소에서 볼 수 있다. 이 교도소의 교도소장은 교도소 행정관이 아닌 정신치료사이고, 수형자들은 모두 부정기형에 처해지고 있다.

결 론

위의 세 가지 접근방법은 각각 특정한 도덕적 논거를 들고 있지만 이러한 근거들이 종종 사실의 추정에 근거하고 있다는 것을 인식해야 한다. 응보주의자들이 주장하는 것처럼, 범죄자의 범죄행위를 처벌하면서 그 범죄자를 형벌에 의하여 상처받지 않게 할 수 있을까? 형벌이 개별적인 범죄자를 억제하도록 보여질 수 있을까? 정말로 일반인들이 형벌 때문에 범죄를 범하지 않을까? 개인들은 처벌되기보다는 치료될 수 있을까? 이것들은 윤리적인 문제에 속하는 논쟁이지만, 어떠한 도

덕이론도, 적어도 형벌에 관한 한, 공허한 상태에서 말할 때에는 충분하지 않다. 그 사실적인 근거를 제시해야 할 것이다.

제11장 형벌(처벌)의 과학적 연구

제11장 형벌(처벌)의 과학적 연구

형벌(처벌)에 대한 과학적 연구는 왓슨(Watson), 구트리(Guthrie), 쏜다이크(Thorndike), 모우러(Mowrer), 스키너(Skinner) 등과 같은 위대한 심리학자들의 연구에 뿌리를 두고 있다. 그러나 이 연구자들이 처벌(대개 전기충격)과 보상을 널리 실험하기는 했지만, 처벌과정에 대하여 주의를 기울인 책은 거의 없다. 사실 1964년 솔로몬(R. L. Solomon) 교수가 유명한 논문에서 균형있는 시각을 가지고 20세기의 형벌을 연구했지만,[1] 형벌의 효과에 대한 발견들이 저명한 이론가들에 의하여 무시되었다는 것을 나타내 줄 뿐이었다. 실제로 스키너(B. F. Skinner)는 형벌이 "아무런 작용도 하지 않는다"고 했고, 설혹 어떤 작용을 할 수 있을지라도 그것이 초래하는 부작용이 너무 커서 이것을 이용할 수 없다고 하는 주장을 폈다. 1953년, 스키너가 형벌없는 사회를 묘사한 ≪월든 투 *Walden Two*≫라는 유토피아 소설을 쓴 지 5년 후, 그는 "결국 처벌은 상을 수여하는 것과는 달리 처벌받는 대상이나 처벌하는 기관 모두에게 불이익이 될 것"[2]이라고 예언했다. 1961년까지 그는 상을 수여하는 것과는 달리 형벌이 단지 단기적인 효과만 있을 뿐 결코 지속적인 효과는 없을 것이라고 주장했다.[3] 솔로몬 교수가 지적한 바와 같이, 스키너가 내린 결론은 연구증거에 기반을 두고 있지 않다. 처벌의 억압적인 효과가 나타날 수 없는 경우가 많다는 것은 사실일지 몰라도 그 효율성이 명백히 나타나는 실험결과도 무수히 많다. 의견의 불일치가 나타나는 것은 사용된 처벌 종류의 다양한 효과, 이용된 피실험대상, 그리고 기타 요인들을 고려하는 데 실패했기 때문이다.

형사사법상의 형벌과 관련해서는 그 외에도 다른 연구들이 많은데, 대부분은 1970년대에 행해진 것들이다. 특히 예방효과에 대한 경제

1) R. L. Solomon, "Punishment", *American Psychologist* 19, 4 (1964):239-252.
2) B. F. Skinner, *Science and Human Behavior* (New York: Macmillan, 1953), p.183.
3) B. F. Skinner, *Cumulative Record* (New York : Appleton-Century Croft, 1961).

적 · 통계적 연구들이 있다. 그 연구들은 다양한 형벌과 관련하여 범죄율의 변화를 분석했다. 대부분의 이러한 이론들은 학습이론(learning theory)이라는 기존의 개념을 무시하고 행해졌지만, 우리는 다음에서 그러한 연구들이 같은 개념들을 발전시킨 것을 볼 수 있을 것이다.

형벌(처벌)은 어떻게 작용하는가

다양한 학습이론학파가 있는 것과 마찬가지로 다양한 형벌 定義와 형벌모델이 존재할 것이다. 그 연구들을 읽게 되면 점점 더 그 개념의 복잡성에 인상을 받게 될 것이다. 특히 사용된 자극과 그것이 피실험대상의 행동에 미친 직접적인 영향을 통해서 볼 때 조작적이 아니라 일반적으로 형벌을 정의하는 것이 불가능해 질 것이다. 도대체 "처벌"이 이에 포함되어 있는가 하는 의구심이 생길 수도 있으나 다음의 내용은 유명한 심리학자인 모우러(O. H. Mowrer)가 쥐에게 행한 전형적인 처벌의 실험결과를 기술해 주고 있다.

〈1차 실험〉 먹이가 달린 막대기를 넣어주자 쥐는 평상시처럼 그 막대기에 달려들어 먹이를 앞발로 잡고 먹기 시작했다. 전기충격을 주었더니 쥐는 막대기에서 떨어져 충격이 멈출 때까지 판 위에서 '춤을 추듯' 했다.
〈2차 실험〉 2분 후 다시 먹이가 달린 막대기를 넣어주었다. 쥐는 다시 그 막대기에 달려들어 그것을 앞발로 잡고 먹기 시작했다. 다시 전기충격을 주자 쥐는 막대기에서 떨어져 전과 마찬가지로 춤추듯 몸을 떨며 작은 소리를 냈다.
〈3차 실험〉 이번에는 쥐가 막대기에 달려들어 이빨로 먹이를 잡아채고는 앞발로 막대기를 잡지 않았다. 먹이를 얻긴 했으나 다시 전기충격을 받고 몸을 떨려 소리를 질렀다.
〈4차 실험〉 전번의 실험과 같다.
〈5차 실험〉 쥐는 다시 막대기에 달려들었으나 잠시 주춤하고는 시간을 두고 이 행동을 반복했다. 먹고 싶은 욕망과 전기충격에 대한 두려움 사이의 '갈등'이 역력해 보였다. 먹이막대기에 달려들다가 물러서곤 하는 이러한 행동을 몇 번 반복하더니(실제로 막대기에 닿지는 않았다) 쥐는 일정한 간격을 두고 꼼짝도 하지 않았다. 실험은 이것으로 끝났다.[4]

4) O. H. Mowrer, *Learning Theory and Behavior* (New York : John Wiley & Sons,

처벌의 유일한 목적이자 그것이 바라는 효과는 특정한 행동 또는 일련의 행동을 제거하는 것이다. 학습이론은 이 효과를 초래할 수 있는 여섯 가지 방법을 우리에게 제공해 주고 있다.

두려움 위에서 기술한 모우러의 실험에서와 같이, 다음과 같은 것을 가정해 볼 수 있다. 즉 불쾌하거나 고통스런 자극은 그것이 바람직하지 않은 행동과 함께 제시되었을 경우 피실험자에게 두려움을 가져다 주는데, 이것은 바람직하지 않은 행동과 연결된다. 따라서 그러한 반응은 결국 제거된다. 여기서 이 모델은 파블로프(Pavlov)의 조건반사(모우러는 이것을 약간 변형시켰다)를 원용한 것이다. 이 과정은 행동의 변형체로서의 '두려움'이라는 구성체에 의존하고 있다. 처벌은 그것이 작용했다면 두려운 반응을 초래해야 한다. 그렇지 않으면 바람직하지 않은 행동은 불쾌한 자극에 의해서 고통이 있을 때에만 잠시 제거될 뿐이다. 지속적인 효과를 얻기 위해서는 바람직하지 않은 행동에 대하여 두려움이 조건반사되어야 한다. 그렇지만 어떤 연구에서는 반응촉진제로서 작용한다고도 보고하고 있는데,[5] 이 연구로 인하여 대안가설이 나오게 되었다.

다른 반응가설 구트리(E. R. Guthrie)는 "처벌은 … 동물이나 어린이에게 다른 어떤 것을 강제함으로써 그 효과를 달성한다"고 주장했다.[6] 구트리는 다음과 같은 예를 들었다. 즉 만약 어떤 자가 개가 훌라후프를 뛰어넘지 않기를 원한다면 그 개를 뒤에서 벌할 것이 아니라 앞에서 벌줘야 한다. 즉 처벌은 처벌받는 행위와 상반됨으로써 그 행위가 억압되는 것이다. 그러나 만약 어떤 자가 그 개를 뒤에서 벌한다면 그 개는 그 행위를 그만두지 않고 훌라후프를 뛰어넘게 된다. 처벌이 그 행위를 더 용이하게 만드는 것이다.

1960), pp.21-28.

5) R. M. Church, "The Varied Effects of Punishment on Behavior", *Psychological Review* 70, 5 (1963):372-380.

6) E. R. Guthrie, *The Psychology of Learning* (New York: Harper & Row, 1935), p.158.

도피가설 어떤 이는 구트리가 든 예를 도피훈련의 하나로서 재해석하고 있다. 예컨대, 6피트 되는 통로에 결승점을 그어 놓고 출발선에는 상자를 놓아 그 밑에 전기가 통하는 마루를 만들어 보자. 이제 그 출발선상의 상자에 쥐 한 마리를 넣고 그 상자의 문이 열리자마자 전기충격을 준다. 결승점에 있는 (전기충격이 없는) 상자에 쥐가 들어갈 때까지 계속하여 쥐에게 전기충격을 준다. 쥐는 결승점에 있는 상자로 도피하게 된다. 이러한 실험을 계속하면 쥐는 곧 결승점에 이르게 되는 방법을 알게 된다. 이는 처벌을 사용하여 쥐에게 대안적인 행동을 배우도록 것이다.

차별가설 이 방법은 처벌받는 행동과 보상받는 행동을 피실험대상이 차별하게 하는 보다 '인지적인' 것이다. 바람직하지 않은 행동에 처벌을 가하는 것만큼이나 대안적 행동을 유도하기 위해 보상을 제공하는 연구가 많았는데,[7] 그 결과 바람직하지 않은 행동이 더 빨리 사라졌다. 이와 마찬가지로 나이든 어린이에게 바람직하지 않은 행동을 제거하기 위해서는 왜 그 행동이 처벌되는지를 설명해 주면 그 행동이 보다 쉽게 사라지게 되고, 그럼으로써 바람직하지 못한 행동이 처벌되는 조건을 분명히 해 줄 수 있게 된다.[8]

억압가설 쏜다이크(E. L. Thorndike)의 효과법칙은 처벌의 효과를 다음과 같이 기술하고 있다. 즉 "상황과 반응 사이에 수정가능한 연결점이 이를 자극하는 상태에 의해서 만들어지고, 동반되고 또는 그것에 의해 생긴다면 그 힘은 줄어든다."[9] 기본적인 가정은, 어떤 금지유형은 처벌받는 행위를 억압하는 것과 관련된다는 것이다.

회피가설 여기서 다시 도피훈련실험으로 돌아가 이를 약간 변형시

---

7) D. G. Perry and R. D. Parke, "Punishment and Alternative Response Training as Determinants of Response Inhibition in Children", *Genetic Psychology Monographs* 91, 2 (1975):257-279.

8) J. C. Lavoie, "Aversive, Cognitive, and Parental Determinants of Punishment Generalization in Adolescent Males", *Journal of Genetic Psychology* 124, 1 (1974):29-39.

9) E. L. Thorndike, *Educational Psychology*, Vol.11, *The Psychology of Learning* (New York : Teacher's College, Columbia University, 1913), p.4.

켜보면 그것이 바로 회피훈련이 된다. 출발선상의 상자에 들어 있는 쥐에게 전기충격을 주는 대신, 상자의 문이 열린 뒤 5초간의 여유를 쥐에게 줘서 결승점에 도달하도록 해 보자. 그리고 나서 쥐에게 전기충격을 주면 쥐는 좀더 쉽게 결승점에 도달하는 법을 배우게 된다. 그러나 쥐는 결승점을 찾아야만 하는데, 우리는 이것을 적극적인 회피학습이라고 부르도록 하자. 이제 그 실험을 한번 바꿔서 이번에는 쥐를 그 통로를 달리게 해서 결승점에 도달하면 먹이를 줘 보도록 하자. 그러면 이제 그 행위를 몇 번 반복한 뒤에 결승점에 있는 상자에 전기충격을 주고 먹이(보상)를 치워보자. 쥐는 곧 뛰는 것을 멈추고 상자에 그냥 머물러 있게 된다. 마지막 실험(소극적 회피학습)에서 우리는 쥐에게 행하지 않을 것을 가르쳤다. 도피훈련이나 적극적 회피학습에서 우리는 쥐에게 해야 할 것을 가르쳤다. 이 두 실험에서 처벌이 사용되었다.

처벌은 행위를 격려하는 것으로도, 또 행위를 억압하는 것으로도 사용될 수 있음이 명백하다. 이러한 결과를 지지하는 많은 연구증거들이 있다.[10] 문헌에 의하면, 이것들은 '처벌훈련', '회피훈련'이라고 표현한다. 처벌훈련은 바람직하지 않은 행위가 행해진 직후에 처벌이 내려진 상황에서 행해지고(응보를 유추적용한 것이다), 회피훈련에서는 처벌이 바람직하지 않은 행위가 발생하기 전에 내려진다(예방을 유추적용한 것이다). 그러나 우리는 이 용어가 혼란스러움을 알 수 있다. 왜냐하면 마지막 실험에서 처벌이 바람직하지 않은 행위가 행해진 후에 내려진다고 기술했기 때문이다. 목적한 행위가 보상에 의해서 이미 행해졌지만 쥐가 전기충격을 받은 후 결승점에 있는 상자를 '회피'하는 법을 배웠다는 의미에서 회피라는 말이 생겨났다. 혹자는 쥐가 행동을 '억제했다'고 말할 수도 있을 것이다. 이것을 이해할 수 있는 유일한 방법은 처벌을 연속적인 '사건'에서 발생하는 고통스런 자극으로 간주하는 것이다. 적어도 실험실에서만은 이것이 항상 그렇게 된다(그러나 '1차 실험'에서만은 그렇지 않다). 처벌은 조건화되지 않은 반응에서

10) 이에 관하여는 Solomon, "Punishment"; Church, "The Varied Effects of Punishment on Behavior", pp.369-380 참조.

바로 나타날 수 있지만, 연속된 실험을 하면 첫번째 실험에서만 그 반응이 나타난다. 실험을 거듭함에 따라 점차 더 기대하거나 예상할 수 있게 될 것이다.

행동의 차별적 처벌 가능성

어떤 종류의 행동은 다른 것들보다 더 쉽게 제거될 수 있을까? 솔로몬 교수에 따르면 실험실에서 실험한 결과 처벌에 의해서 쉽게 금지되는 두 가지 종류의 행동이 있다고 한다. 이 행동들은 (1) 실험자가 상을 내려줌으로써 이전에 확립되었던 행동들, 즉 "도구적 행위" (instrumental acts, 도구적 조건부여라고도 하며, 이는 포상 등을 함으로써 올바른 반응으로 이끌어내어 학습시키는 행동을 의미한다 - 역자 註)와, (2) 먹고 마시고 성행위하는 것과 같은 기본적으로 완성된 행동의 충족과 관련된 "완성형 행위"(consummatory acts)이다. 완성형 행위에 대하여 상을 내리는 대신 이를 처벌하면 고양이, 개, 원숭이와 같은 동물은 곧바로 스스로 굶는 법을 배우고 심지어는 죽는 경우도 있다.[11] 그러나 처벌에 의해서 고양되는 두 가지 종류의 행동들도 있다. 하나는 두려움에 의해서 쉽게 나타나는 본능적 행위이고, 다른 하나는 처벌과정에 의해서 이전에 이미 확립된 행위이다.

일 반 화

일반화과정 역시 학습이론에서 이미 인정된 개념이다. 이 이론에 따라 우리는 처벌이 특정한 종류의 행동에 미치는 영향이 다른 유사한 행동과 상황에 일반적으로 적용될 것을 예상할 수 있다. 이러한 과정이 실제로 발생한다는 것을 보여주는 조사들이 상당히 많다.[12] 따라서

---

11) Solomon, "Punishment", p.64.
12) J. Deese and S. H. Hulse, *The Psychology of Learning* (New York : McGraw-Hill, 1967), Chap.6.

우리는 어느 한 범죄행위에 대한 형벌이 이 형벌의 결과로서 제거되어야 할 다른 범죄행동에도 일반화된다는 것을 기대하여도 좋다.

실험적 관점에서 본 범죄와 형벌

우리는 단순화된 실험실 구조 속에서조차도 처벌의 역할이 매우 복잡하다는 것을 볼 수 있다. 어떤 경우에는 행동을 효과적으로 억압하는 것일 수도 있고, 다른 경우에는 행위를 자극하고 유발하는 것일 수도 있다.

이러한 지식들을 범죄문제에도 적용할 수 있을까? 그럴 수 있다. 바로 적용할 수 있는 예가 약물남용, 알콜중독, 성비행 등과 같은 "완성형 행동"과 관련된 "범죄"이다. 미국이나 영국에서는 이 분야에 있어서 이를 지지해 줄 수 있는 연구결과들이 많이 행해졌다. 그 예가 아이젠크(H. J. Eysenck)와 그의 제자들이 행한 연구이다. 이 연구에서는 동성애적 상황에서는 同性愛와 관련된 포르노물을 보여주면서 고통스런 자극(예컨대, 전기충격이나 시끄러운 소리)을 주고, 다시 異性愛와 관련된 상황에서는 보상을 제공하였다. 그 결과, 지속적인 효과는 얻지 못했지만 일부 성공적인 결과를 얻었다.[13] 아이젠크는 여성용 가방이나 유모차를 훔치는 성도착적인 성격을 가진 남자의 치료에 상당한 성공을 거두는 등 여러 성공적인 사례를 발표하였다

미국에서는 쉬비츠게벨(Schwitzgebel)이 약물을 사용하여 메스꺼운 느낌(고통스러운 자극)을 생기게 하는 연구를 행했다.[14] 이것으로 완성형 행위의 경우, 예컨대, 술을 마실 때 메스꺼움을 느끼는 알콜중독자의 행동 같은 경우 상당한 성공을 보았다. 쉬비츠게벨은 메스꺼움을 생기게 하는 약물이나 전기충격과 같은 다양한 처벌기법을 사용함으로써 복장성도착(transvestism, 異性의 옷을 입고서 性的 만족을 느끼는 성

---

13) H. J. Eysenck, *Crime and Personality* (Boston : Houghton Mifflin, 1964).

14) R. Schwitzgebel and R. Schwitzgebel, *Psychotechnology* (New York : Holt, Reinhard and Winston, 1973); R. Schwitzgebel and D. Kolb, *Changing Human Behavior: Principles of Planned Intervention* (New York : McGraw-Hill, 1974).

도착증 - 역자 註), 새디즘, 동성애, 그리고 알콜중독과 같은 행동들을 치료하는 데에 성공한 예가 많다고 보고하고 있다.

형사사법의 비완성형 행위 분야에서는 미국에서 행해진 유일한 예만을 들 수 있을 것이다. 이것은 실험실에서 사용된 것과 유사한 불쾌한 자극이라고 할 수 있는 매우 고통스러운 자극을 사용한 효과에 관한 연구결과이다. 이 연구는 콜드웰(R. Caldwell)에 의하여 행해졌는데, 1900년부터 1942년 사이에 채찍형을 당한 1,302명의 수형자들에 대한 효과를 연구한 것이다.[15] 한 번 채찍형을 당한 320명의 수형자 가운데 61.9%가 다시 재범을 범하여 형이 확정되었다. 두 번 채찍형을 당한 자들 가운데에서는 65%가 재범을 범했다. 영국에서는 두 개의 정부위원회가 신체형이 범죄자에게 미치는 영향에 대하여 연구했다. 라지노비츠 교수는 최근 자신의 저서인 ≪범죄의 증가 *The Growth of Crime*≫에서 이 위원회의 보고서를 읽고서는 다음과 같이 결론지었다. 즉, "채찍형을 당하고 징역에 처해진 범죄자들이 단순히 구금형이나 노역만을 선고받은 수형자들보다 더 낫다는 증거는 없다."

형벌의 고통스러운 조건이 직접 적용되는 또다른 곳은 바로 감옥이다. 나는 이미 감옥과 실험실이 상당히 유사할 수 있다는 것을 암시한 적이 있다. 다양한 행동변형기법을 사용하여 감옥이나 소년원에서 행해진 연구들이 상당히 많다. 그러나 이러한 것들은 포상이나 답례를 한 포상강화기법을 사용한 것이지 순수히 형벌훈련에 의존한 것은 아니다. 물론 대부분의 시설에서는 형벌과 포상이 혼재하고 있다(기존의 연구조사에 의하면 가장 강력한 사회행동의 변형체이다). 이러한 제도들에 대한 전체적인 효과는 적절하게 평가되지 않았다. "과학에 의해서 정형화된 로보트인간"(Clockwork Orange)으로 개조하여 형벌을 통해서 행동을 수정시킨다는 개념이 널리 보편화되었고, 그 기법의 효율성을 실제보다 높이 평가하게 되었다. 이러한 제도가 작용하건 안하건 간에 수형자들이 형벌의 과학적 적용에 의하여 '조작'된다는 생각은 의심할 바 없이 대단히 높다. 그러나 일반적으로는 이러한 기법의 효율성이 너무 과장되게 평가되고 있는 것 같고, 그것을 평가할 때에도

15) R. Caldwell, *Red Hannah*.

사실보다는 과학적인 환상에 더 의존하는 것 같다.[16]

그러나 매우 제한적으로만 적용될 뿐이다. 우리는 더 큰 문제를 따져봐야 한다. 즉 형벌은 범죄자 또는 잠재적인 범죄자가 장래에 범죄를 저지르는 것을 막을 수 있는가?

특별예방 이 점에 있어서 다니엘 글레이저(Daniel Glaser)의 연구는 뛰어난 것이었다. 1964년까지 그는 재범을 예방하는 교도소의 효율성에 관한 모든 조사연구와 통계를 살펴본 후, 많은 중요한 점들을 제시해 주었다. 그는 수형자의 1/3이 석방 후 2년에서 5년 사이에 다시 교도소로 되돌아온다고 결론지었다.[17] 교정기관으로서의 교도소의 효율성에 관한 최근의 저서들은 글레이저의 위와 같은 결론을 지지해 주고 있는데, 석방된 수형자 가운데 약 40%가 교도소로 다시 돌아온다고 한다.[18]

이러한 결과들은 한때 교도소가 장래의 범죄를 억제하는 데 60%의 효율성을 가지고 있다는 증거로서 사용되었다. 그러나 그러한 결론이 간단하게 도출될 수는 없다. 왜냐하면 연령·전과·범죄유형 등에 근거하여 범죄자가 재범을 범할 것인지 아닌지에 관해서 어느 정도 정확한 예측이 가능하기 때문이다. 이러한 요소들은 교도소에서 행해지는 것들과는 아무런 상관이 없는 것들이다. 어떤 연구에서도 교도소가 60%의 '교정'을 할 수 있는 효과적인 기관으로 구분하지 않았다.

그럼에도 불구하고 누범에 대한 연구는 반드시 두 개의 편견을 가진 표본을 다루고 있다는 것을 인식하는 것이 중요하다. 첫째, 처음으로

16) 이에 대하여는 J. Mitford, *Cruel and Usual Punishment: The Prison Business* (New York : Alfred A. Knopf, 1973).

17) D. Glaser, *The Effectiveness of a Prison and Parole System* (New York : Bobbs-Merrill, 1969).

18) R. Martison, "What Works? Questions and Answers about Prison Reform", *The Public Interest* 35 (1974):22-54; A. R. N. Cross, *Punishment, Prison and the Public: An Assessment of Penal Reform in Twentieth Century England by an Armchair Penologist* (London : Stevens and Sons, 1971); L. T. Wilkins, "Directions for Corrections", *Proceedings of the American Philosophical Society* 118 (1974):235-247; W. C. Baily, "Correctional Outcome: An Evaluation of 100 Reports", *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 57 (1966):153-160; L. T. Wilkins, *The Evaluation of Penal Measures* (New York : Random House, 1969).

교도소에 들어온 자들은 보통 그 전에 체포되거나 유죄판결을 받은 기록을 가지고 있다. 즉 초범자가 실형을 선고받는 예는 매우 드물다. 따라서 '초범자'나 누범을 범할 가능성이 적은 자들을 대상으로 해서는 안된다. 둘째, 누범율이 연구된 대규모 교도소는 '죄질이 나쁜' 범죄자들이 모여 있는 곳이다. 왜냐하면 그러한 자들은 장기형을 복역하고 있기 때문이다. 따라서 큰 교도소에는 母集團보다 훨씬 높은 비율의 누범자들이 수용되어 있다. 그러므로 이들 시설에는 누범율이 상당히 높을 수밖에 없다.

복역기간(즉, 처벌의 엄격성)이 추후의 범죄행위와 관련이 없음도 발견되었다.[19] 그러나 그러한 연구가 위에서 본 사례의 두 가지 편견과 혼합되어, 복역기간이 특별예방에 효과가 있다고 주장하는 자들도 있다.[20]

오늘날 이러한 연구조사에 대한 대립되는 해석에 직면하여 교도소의 효율성에 관하여 현대의 전문가들은 다음과 같이 결론내리고 있다. 즉, "거의 예외없이 지금까지 보고된 [교정의] 재사회화 노력은 누범에 대하여 효과가 없음을 보여주고 있다."[21] 실험실에서의 연구에서는 처벌이 효과가 있었는데 왜 이런 결과가 나왔을까?

이 질문에 대하여는 많은 대답이 나올 수 있을 것이다. 실험실에서 행한 처벌연구에서는 완전한 통제를 가할 수 있다. 그러나 실제의 형사사법에서는 통제가 불가능하다. 또한 형벌로서의 교도소 복역은 실험실에서 사용되는 물리적 처벌의 특수성 내지는 '투명성'이 결여되어 있다. 분명히 사람마다 고통을 느끼는 域이 다르긴 하지만, 그 차이는 개인이 구금을 고통스러운 것으로 인식하는 것보다는 훨씬 작다. 게다가 실험실에서는 일련의 짧은 실험이 행해진다. 즉 여기서는 간단하고 효과적인 처벌이 가능하다. 그와는 반대로, 실제의 형사사법에서는 각

19) N. Morris and F. Zimring, "Deterrence and Corrections", *Annals of American Academy of Political and Social Sciences* 381 (1969):137-146.

20) J. P. Gibbs, Paper presented to the School of Criminal Justice Colloquium on the Death Penalty, May 1977, State University of New York Albany. 또한 J. P. Gibbs, *Punishment and Deterrence* (New York : Elsevier, 1975) 참조.

21) G. Hawkins, *The Prison* (Chicago : University of Chicago Press, 1976). Martinson, "What Works?", p.47 에서 인용.

'실험'(체포에서 시작해서 구금으로 끝나는)이 실험실에서 행하는 것보다 매우 길다. 따라서 형벌의 질과 기간이 실생활에서는 훨씬 더 복잡하다. 마지막으로 형벌은 일정한 조건하에서는 바람직하지 않은 행동을 향상시킨다는 것을 보았다. 교도소에서 배운 행동, 아마도 다른 수형자들로부터 배운 '범죄행위들'은 교도소에서 받은 형벌에 의하여 더 강화될 것이다. 왜냐하면 이러한 행동들은 형벌과정의 결과로서 확립된 것이기 때문이다.

일반예방과 모델링작업 범죄학에서 행해지는 형벌의 '거시연구'는 특별예방이 아닌 일반예방과 관련되어 있다. 일반적으로 그러한 접근방법은 범죄율의 변화와 공식적인 형벌의 변화를 비교하여 형벌의 범죄율에 대한 영향에 관한 결론을 도출하고 있다. 여기서 일반인들은 개별적인 범죄자에게 내린 형벌에 의하여 범죄를 억제한다고 추정된다. 이러한 입장을 과학적으로 입증하려면 적어도 일반예방모델의 심리적 과정이 제시되어야 한다. 만약 이것이 실험실에서도 행해질 수 있다면 더욱 좋은 것이다.

일반예방과정은 모델링작업의 효과를 조사하는 데 행해진 장기간의 연구에 의하여 실험실에의 작업으로 제시되었다. 이러한 실험에서 모델 또는 행위자는 처벌되고(처벌훈련과 회피훈련, 모델, 즉 피실험자의 신분의 조건을 변화시키면서), 이러한 처벌이 피실험자에게 미치는 영향이 측정된다.[22] 이 분야에서 행해진 많은 연구에서는 공격적인 모델로부터 공격을 배우는 것과, 우연히 공격적인 것으로 인식된 처벌자의 복잡한 요소들과 관련하여 연구가 행해졌다. 이 분야에서는 다양한 연구결과들이 있지만, 피실험자들(주로 아이들)은 상을 받거나 처벌되는 모델을 관찰함으로써 반응하는 법을 배우고, 직접적인 학습의 기본적인 원칙들은 모델로부터 배우는 것에 적용된다. 모델링작업은 실험실에서 행한 것을 일반예방에 유추한 것이다. 일반인들은 피실험자이고, 형사사법 종사자들은 모델을 처벌하는 자이며, 범죄자는 처벌받게

22) R. L. Solomon, L. H. Turner, and M. S. Lessac, "Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Punishment in Dogs", *Journal of Personality and Social Psychology* 8, 3 (1968):233-238.

될 바람직하지 않은 행위를 한 모델이다. 물론 이 모델들의 각각의 역할에 대한 일반인들의 인식과 일반인 및 모델 사이의 관계는 처벌의 결과에 있어 매우 중요하다. 마치 실험실에서 행할 때 아이들과 선생이나 부모와 같은 처벌자의 관계와 같은 것이다. 여기서 강조되어야 할 중요한 점은 일반예방의 심리적 과정이 분명히 효과가 있다는 점이다. 따라서 논란이 있는 것처럼 일반예방의 거시연구는 자의적인 심리학 또는 단순화된 심리학에서는 발견되지 않는다.

이제 우리는 사실을 입증했으므로, 실험실과 실제 분야 모두에서의 주요한 효율적인 형벌요소에 관한 연구에 눈을 돌려보도록 하자. 우리는 개인이 직접 관찰자인 실험실에서부터 개인이 역할모델의 형벌을 주시하는 대중의 일부인 집단영역으로 뛰어 넘어왔다는 점을 상기해 주길 바란다. 실제로 거시적인 차원에서는 보통 실제로 범죄를 범하지 않은 이름 모를 집단의 하나인 개인을 간과하게 된다. 실제로 범죄를 범한 자는 물론 일반예방과정이 효과가 없는 자들이다.

효율적인 형벌(처벌) 요소

엄격한 처벌 이츠(W. K. Eates)와 스키너(B. F. Skinner)의 초기 저서를 보면,[23] 형벌의 억압적인 영향은 단지 일시적일 뿐이라고 결론짓고 있다. 그들은 형벌의 엄격성(전기충격의 강도)을 증가시켰지만, 이것이 바람직하지 않은 행동을 근절시키는 데에는 아무런 효과가 없었다. 이러한 결론은 근 20년 동안 의심받지 않았다. 그러나 이것은 이미 살펴본 바와 같이 결국은 피상적인 것으로 밝혀졌다. 아츠린과 홀츠(N. H. Azrin and W. C. Holz)[24] 및 다른 연구자들은 "상을 받은 행동이나 상을 받지 못한 행동 모두 형벌이 충분히 가혹하다면 형벌에 의하여 즉

23) W. K. Eates, "An Experimental Study of Punishment", *Psychological Monographs* 57, 3 (1944):263; Skinner, *Science and Human Behavior*.

24) N. H. Azrin and W. C. Holz, "Punishment", in *Operant Behavior: Areas of Research and Application*, ed. W. Honig (New York : Appleton-Century Crofts, 1966) 및 Solomon, "Punishment" 참조.

25) B. F. Singer, "Psychological Studies of Punishment", *California Law Review* 58,

시 그리고 완전하고 영원히 억압된다"[25]고 분명히 밝히고 있다. 실제로 앞에서 우리는 한 실험, 즉 먹이를 보상으로 받지만 처벌도 받는 행동을 하기보다는 차라리 굶어죽기를 '선택하는' 동물의 경우를 보았다.

전기충격을 처벌로써 사용할 때 처벌의 엄격성에 있어서 그 증가부분을 측정하기가 보다 더 쉽다. 다른 처벌이나 다른 피실험대상일 경우에는 어떠할까? 윤리적인 문제 때문에 인간에 대하여는 매우 강도높은 처벌을 사용하는 연구가 행해지지는 못하고 있다. 따라서 동물에게 사용한 실험 결과를 인간에게 시험할 수는 없다. 그런데 아동에 대하여는 많은 연구들이 행해졌다(아마도 동물 다음일 것이다). 이 경우에는 처벌의 강도가 변화되었다. 이 연구에서 사용된 강도높은 처벌은 전형적인 경우 주로 말로 혼내주는 것이었다. 예컨대, "아니야, 그건 다른 아이 것이야"라고 (거의 90 데시빌 정도의) 큰소리로 말하는 따위이다. 이 연구에서는 예외가 있긴 하지만 "대부분의 경우 강도높은 물리적 처벌이 강도가 덜한 처벌보다도 처벌되는 행위를 금지시키는데 더 효과적"이었다.[26] 이들 연구자들은 이 원칙이 가정에서 벌어지는 공격적인 행위에 대하여 엄격하게 처벌하는 경우에도 적용된다는 것을 발견했다. 엄격한 처벌은 공격적인 성격을 가진 아이들을 가진 부모들에게서 잘 나타나는 특징이지만, 이러한 아이들의 공격적인 행동은 집밖에서도 발생한다. 집안에서는 공격적인 행동이 엄격한 처벌에 의해서 효과적으로 억압될 수 있다.[27]

---

2 (March 1970):414.

26) R. D. Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process", in *Early Experiences and the Process of Socialization*, ed. R. A. Hoope, F. C. Simmel, G. A. Milton (New York : Academic Press, 1970), p.86. 그 외 다른 연구로는 R. D. Parke, "Effectiveness of Punishment as an Interaction of Intensity, Timing Agent Nurturance and Cognitive Structuring", *Child Development* 40 (1969):213-235; J. Aronfreed and R. Leff, "The Effects of Intensity of Punishment and Complexity of Discrimination upon the Learnings of Internalized Inhibition" (unpub. manuscript, University of Pennsylvania, 1963); R. D. Parke and R. H. Walters, "Some Factors Determining the Efficacy of Punishment for Inducing Response Inhibition", *Monograph of the Soc. for Res.* in *Child Development* 32 (1967):109; J. A. Cheyne and R. H. Walters, "Intensity of Punishment. Timing of Punishment and Cognitive Structure as Determinants of Response Inhibition", *J. Exp. Child Psychology* 7 (1969):231-244.

27) R. H. Walters and R. D. Parke, "The Influence of Punishment and Related

이 연구에서 예외가 된 것은 아론프리드(Aronfreed)와 레프(Leff)의 연구인데,[28] 이들은 아이들이 유혹에 빠지는 상황에서는 강도높은 처벌이 항상 금지되는 행동을 바로잡는 것은 아니라고 했다. 이렇게 다른 결과가 나오는 것은 다음과 같은 경우를 상정해 보면 설명될 수 있을 것이다. 즉 처벌을 하여 적절한 행동을 할 수 있는 분별력이 없는 피실험자에게 높은 정도의 불안감을 주는 경우이다. 다른 말로 하자면, 강도높은 처벌은 학습과정을 방해하는 감정을 만들어낸다는 것이다. 처벌의 엄격성 가설을 지지하지 않는 다른 연구는, 부모들이 내리는 꾸중에 따른 처벌행위의 정도, 엄격성 및 빈도를 보고하고 있는 아동의 양육에 관한 현장연구에서 나온 연구들이었다.[29]

이제 다시 일반예방에 관한 범죄학연구로 돌아가 보자.[30] 이 분야에서 선구적인 저술들은 사형이 살인범죄율을 억제 또는 예방하는 데에 아무런 효과가 없다는 것을 보여준 연구들이었다. 주로 1950년대에 행해진 이 연구들이 취한 일반적인 접근방법은 미국에서 사형을 폐지한 州와 사형을 존치하고 있는 州 사이의 살인범죄율을 비교하는 것이었다. 이 연구결과들은 사형존치 또는 사형폐지를 지지하기 위하여 그 뒤 논쟁되고 재해석되었다. 그러나 당시 이들 연구자들이 이끌어낸 결론은 일반적으로 사형이 억제효과를 가지는 것으로 입증할 수 없다는 것이다.[31] 그런데 특정 州에서 사형이 폐지된 전후 조사된 한 추적조

Disciplinary Techniques on the Social Behavior of Child: Theory and Empirical Findings", in *Progress in Experimental Personality Research*, ed. B. A. Maher (New York : Academic Press, 1967), Vol.4, pp.179-228. 또한 A. Bandura and R. H. Walters, *Adolescent Aggression* (New York : Ronald Press, 1959).

28) Aronfreed and Leff, "The Effects of Intensity of Punishment".

29) Walters and Parke, "The Influence of Punishment". 또한 H. S. Erlanger, "Social Class and Corporal Punishment in Child Rearing: A Reassessment", *American Sociological Review* 39 (1974):68-85 참조.

30) 예방론에 관한 문헌을 꼼꼼하게 조사한 캐롤 트리링(Carol Trilling)에게 감사드린다. Carol Trilling, "Publicity and Homicide : A View from the Deterrence Perspective" (Ph.D. diss., State University of New York at Albany, 1977) 참조.

31) T. Sellin, "Death and Imprisonment as Deterrents to Mother", and "Does the Death Penalty Protect Municipal Police", in *The Death Penalty in America*, ed. H. Bedau (Chicago : Aldine Publishing Co., 1967); K. Schuessler, "The Deterrent Influence of the Death Penalty", *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 284 (1952):284; L. Savitz, "A Study of Capital Punishment", *J. Criminal Law, Criminology and Police Science* 49 (1958):338.

사에서 셀린(Thorsten Sellin)은 "사형의 폐지가 살인범죄율을 증가시킨다거나 혹은 사형존치가 그것을 하락시킨다고 하는 어떤 분명한 증거도 찾아볼 수 없다"[32]고 결론짓고 있다. 이러한 결과들은 실험실에서 나온 결과, 즉 엄격한 처벌이 억제요소로서 효과적이라고 하는 결과를 지지하지 못하고 있다.

그러나 이러한 초기의 연구들은 방법론적으로 많은 오류를 범하고 있으며, 그 결과 1960년대 후반 복잡한 통계적 기법과 방법론상의 기법을 사용한 새로운 예방연구들이 행해졌다. 이러한 일련의 연구들은 아리조나 대학의 깁스(Gibbs) 교수로부터 시작되었다. 처음으로 처벌의 엄격성과 확실성에 대하여 조사된 것이다. 깁스는 형벌의 엄격성을 측정하는 척도로서 교도소에 복역한 평균달수를 이용해서 FBI의 ≪통일범죄백서 *Uniform Crime Reports*≫에 나온 범죄율을 사용하여 1959-61년 사이의 살인범죄율을 조사했다. 그는 살인범죄율이 증가함에 따라 형벌의 엄격성은 낮아진다는 것을 발견했다. 이와 비슷하지만 보다 복잡한 척도를 이용하여 특히 통제변수를 삽입해서 1975년까지의 장기간에 걸쳐 행한 연구에서도 위의 결과를 뒷받침하고 있다. 이 기간 동안 행해진 12개의 주요한 연구 가운데 8개의 연구가 형벌의 엄격성과 살인범죄율 사이에 똑같은 관련성을 밝혀주고 있다.[33] 그러나 그 관계가 다른 범죄에 대해서도 그대로 적용되지는 않는다(FBI가 발표하는 중대범죄(index crime) - 예컨대, 살인, 강간, 폭행, 50불 이상의 절도, 차량절도 등 - 가 대부분 조사되었다). 사실 이들 연구 가운데 두 개는 살인범죄에 대한 억제가설을 지지하는 결과이지만, 다른 범죄

32) T. Sellin, "Capital Punishment", *Federal Probation* 25 (1961):70.
33) 이들 연구는 다음과 같다. J. P. Gibbs, "Crime, Punishment and Deterrence", *Social Science Quarterly* 48 (1968); L. N. Gray and J. D. Martin, "Punishment and Deterrence: Another Analysis of Gibbs' Data", *Social Science Quarterly* 50 (1960); C. Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions", *Social Problems* 16 (1969):109; F. D. Bean and R. G. Cushing, "Criminal Homicide, Punishment and Deterrence: Methological and Substantive Reconstructions", *Southwestern Social Science Journal* 52 (1971):277; W. C. Baily and R. W. Smith, "Punishment : Its Severity and Certainty", *J. Criminal Law, Criminology and Police Science* 63 (1972):530; Ehelich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement"; W. C. Baily, D. J. Martin, and L. N. Gray, "Crime and Deterrence: A Correlation Analysis", *J. Research in Crime and Delinquency* 11 (1974):124.

에 대하여는 반대의 사실을 가르쳐주고 있다. 즉 차량절도와 같은 다른 중대범죄의 범죄율은 형벌의 엄격성이 증대되면 증가한다.[34] 따라서 형벌은 범죄행위를 억압하기보다는 오히려 이를 부추긴다.

그렇지만 이 연구에는 통제되지 않은 변수들이 많이 있다. 왜냐하면 우리는 형벌 이외에도 범죄율의 증감에 영향을 주는 다른 많은 요인들이 있다는 것을 알고 있기 때문이다. 가장 중요한 요인들은 법집행활동의 수준, 법집행기관원의 수, 변화하는 사회경제적 요인 등이다. 이들 연구의 어느 것도 이러한 외재적인 변수들을 통제할 수는 없었지만, 최근의 연구들은 어느 정도 이 변수들을 통제할 수 있었다. 최근의 연구들은 다른 기간을 택하여 조사했지만, 이를 지지하는 연구에서는 깁스가 연구한 기간과 같은 기간을 조사했다. 이와 결론을 달리하는 연구 가운데 단지 두 개의 연구만이 같은 기간을 택하여 조사되었다.

이제 우리는 다음과 같이 결론을 내릴 수 있을 것이다. 대체로 형벌의 엄격성과 살인범죄율 사이의 관계에 관한 거시연구에서는 예방가설을 일반적으로 지지하고 있다. 이러한 결과들은, 실험실에서 행한 연구결과들과 더불어, 매우 엄격한 형벌은 강력한 일반예방효과가 있다는 것을 제시해 주고 있다.

지체된 처벌 동물이나 아동 그리고 성인에게 행해진 실험연구에서는 이에 대하여 분명히 하고 있다. 동물에게 바람직하지 못한 행동을 금지시키는 처벌의 효과는 바람직하지 못한 행위를 한 후 5초까지 지연되면 뚜렷하게 줄어들며,[35] 약 30초 뒤에는 효과가 최소화된다. 사냥개의 일종인 비글에 대하여 행한 고전적인 연구에서 솔로몬과 그의 동료들은 개에게 한쪽 그릇에는 평범한 마른 개사료를 주고, 다른 그릇에는 신선한 말고기 통조림을 주어 '타부훈련'을 시켰다. 개들은 단지 마른 개사료를 먹는 훈련만을 받았다. 개들이 신선한 말고기를 먹

34) 이러한 연구는 Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions"; C. Logan, "General Deterrent Effects of Imprisonment", *Social Forces* 51 (1972):64 참조.

35) 이에 대하여는 Singer, "Psychological Studies of Punishment"; Solomon, Turner, and Lessac, "Some Effects of Delay of Punishment", pp.233-238; Parke and Walters, "Some Factors Determining the Efficacy of Punishment" 참조.

을 때면 실험자들은 둘둘 만 신문지로 개의 코를 한 차례 세게 때렸다. 개들은 세 집단으로 나뉘었다. 제1집단에 속한 개들이 입이나 혀로 먹지 못하게 된 말고기를 먹을 때면 당장 (지체없이) 한 차례씩 얻어맞았다. 제2집단은 그 말고기를 먹은 5초 후에 얻어맞았다. 제3집단은 15초후에 얻어맞았다. 이 실험이 끝난 후, 실험자들은 방을 나가고 한쪽으로만 바라볼 수 있는 유리창을 통하여 개들의 행동들을 관찰했다. 타부를 깨뜨리고 말고기를 먹는 '유혹에 대한 저항'이 각 피실험대상이 타부를 깨뜨리는 데 걸린 며칠 후에 측정되었다. 말할 것도 없이 지체없이 처벌을 받은 제1집단이 다른 집단보다 훨씬 오랫동안 유혹에 저항했다. 그러나 놀라운 결과는 실험자가 그곳에 있었음에도 불구하고 그 실험기간 동안 지체된 형벌이 가해진 집단에서 행해진 개들의 행동이었다. 즉, "마른 개사료를 먹은 후 개들은 실험자의 의자에 앞발을 올려놓거나 의자 뒤로 숨었다.… 타부를 깨어버렸을 때 그 개들은 순식간에 음식을 먹고 입에 물고서 도망갔다." 지체없이 처벌이 가해진 집단이 타부를 깼을 때, 상황은 급격히 바뀌어 그들은 천연덕스럽게 아무런 '죄책감'도 없이 말고기를 먹었다.[36)]

이와 유사한 실험이 아이들에게도 행해졌는데, 이 때에는 금지된 장난감을 가지고 놀았을 때 큰소리를 지르면서 말로 야단을 쳤다. 여기서도 처벌이 지체되면 될수록 처벌의 효율성은 떨어졌다.[37)]

범죄학연구에서는 지체된 형벌이 범죄예방에 미치는 효과에 관한 공식적인 연구가 없었다. 다만 형사사법제도에서 지체되기 때문에 형벌이 개인에 대한 특별예방효과가 거의 나타나지 않는다는 것이 일반적으로 믿어질 뿐이다. 이것은 대부분의 범죄가 범법자들에게 즉각적인 보상을 해 준다는 주장으로 더욱 악화되었다. 아이젠크는 즉각적인 보상은 지체된 형벌보다 유기체에 훨씬 더 영향을 미친다고 주장했다.[38)] 그러나 이에 대하여는 의견이 일치하고 있지 않다. 왜냐하면 형벌은 보상보다도 장기간 '영향을 발휘하기' 때문이다.[39)]

---

36) Solomon, Turner, and Lessac, "Some Effects of Punishment".
37) Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process".
38) Eysenck, *Crime and Personality*.
39) K. E. Renner and L. Specht, "The Relative Desirability of Aversiveness of

지체 때문에 형사사법상 형벌의 효율성이 없다고 하는 이러한 해석에 대하여는 논란이 분분하다. 첫째, 인간은 앞을 내다볼 수 있기 때문에 동물보다도 더 쉽게 형벌을 예측할 수 있으므로, 지체된 처벌도 거의 즉각 바람직하지 못한 행동에 반응할 수 있다고 주장한다. 사실 이러한 효과를 증진시키기 위하여 형벌을 운영하는 방법들이 있다.[40] 둘째, 예컨대, 체포되어 사회적인 낙인이 찍히는 등 금지된 행위에 부가된 이차적인 형벌도 많이 있다. 이러한 '이차적인 강화책'의 효과는 이미 실험실에서 잘 증명된 바 있다.

이제 우리에게 분명한 사실이 있다. 즉 왜 현대의 예방론자들이 형벌 그 자체보다 형벌의 위협을 더 많이 강조하는가 하는 점이다. 이러한 방법으로 예방론자들은 범죄자에 대한 실제적인 형벌의 분명하고 회피할 수 없는 지체를 설명할 수 있다. 내가 알고 있기로는, 실험실에서는 물리적 형벌의 위협효과 對 실질적인 물리적 형벌에 대하여 연구된 바가 없다. 일반적으로 말로 야단을 치는 것은 물리적인 처벌만큼 효과가 없는 것으로 밝혀졌다. 그런데 이렇게 말로 야단치는 것은 보통 금지된 행위가 있고 나서 가해졌다. 예방이론을 검증하기 위해서는 위협이 금지된 행위가 행해지기 이전에 분명히 있어야 한다.

단 한 연구에서만 이 위협의 문제를 직접적으로 다루었지만, 이 연구에서도 물리적인 형벌의 위협이 사용되지는 않았다.[41] 통상의 '유혹에 대한 저항' 실험을 사용하여 아이들은 엄하고 약한 위협을 받으며 처벌되었다. 위협이 약한 경우, 아동들은 "만약 너희들이 금지된 장난감을 가지고 놀면 실험자가 좋아하지 않을 것"이라는 말을 들었다. 엄한 위협의 경우에는 이와 더불어 장난감이 빼앗기고 "아기처럼 다루어질 것"이라는 말이 덧붙여졌다. 이 두 가지 위협은 아이들이 금지된 장난감을 가지고 놀지 못하게 하는 데 모두 성공했다. 이러한 위협은 처벌보다는 가벼운 것이라고 생각되기 때문에, 그 결과들은 오히려 놀

Immediate or Delayed Food and Shock", *J. Experimental Psychology* 75 (1967):568; Singer, "Psychological Studies of Punishment".

40) Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process".

41) E. Aronson and J. M. Carlsmith, "Effect of Severity of Threat on the Devaluation of Forbidden Behavior", *J. Abnorm. Social Psychology* 66, 6 (1963):584-588.

랍다. 이 연구에 이어 다른 종류의 위협 – 예컨대, 애정을 주지 않는 것과 물리적 형벌과 같은 – 의 효과를 연구할 필요도 있다. 사실 이 章에서 살펴본 모든 형벌 요소들과 관련해서 말이다.

형사사법제도에 관한 한, 지체된 형벌이 반드시 최상의 것은 아니라는 것을 유념해야 할 것이다. 우리는 형벌을 생각할 때 그것이 벌금이든 징역형이든 간에 선고되는 것을 생각하는 경향이 있다. 그러나 형벌과정은 체포의 순간에 시작되고, 종국적인 선고는 장기간에 걸친 형벌의 종말이라고도 주장할 수 있다.

형벌이 실제로 즉각 내려도록 하는 유일한 방법은 로마인들이 현행 절도범에게 적용했던 것처럼 즉각적이고 갑작스럽게 처벌하는 것이다. 즉 현장에서 잡힌 절도범은 그 자리에서 즉결처분하는 것이다. 그러나 이것은 적어도 현대의 형사사법에서는 가능하지 않다. 그렇지만 예외는 있다. 예를 들자면 주차위반이나 신호위반을 하면 위반하는 즉시 벌금이 부과되는 경우가 그렇다. 그러나 이러한 경우에서조차도 처벌의 즉시성은 범죄의 발각에 전적으로 의존한다. 형사사법에서 형벌이 지체되거나 시간이 걸리는 것은 형벌의 확실성의 문제와도 연결되어 있다. 실제로 그 양자를 쉽게 구분할 수가 없다. 그러나 실험실에서만은 이 양자를 분리해서 연구할 수 있을 것이다.

확실한 처벌 잘 알려진 비행분야에서의 현장연구에서 공통되는 연구결과가 나왔다. 즉 비행자는 가정에서 일관성이 없거나 불규칙적인 처벌을 가슴깊이 절실하게 경험한다는 것이다.[42] 그들이 말하고 있는 처벌이란 약간 느슨하면서도 징벌성이 있는, 말하자면 애정이 깃든 처벌기법을 말하는 것이다.

피셔(Fisher)[43]가 행한 선구적인 연구에서는 강아지들이 실험대상으로 사용되었다. 한 집단의 강아지들은 실험자에게 가까이 오면 항상

42) S. Glueck and E. Glueck, *Unravelling Juvenile Delinquency* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1951); J. McCord, W. McCord, and I. Zola, *Origins of Crime* (New York : Columbia University Press, 1959).

43) A. E. Fisher, "The Effects of Differential Early Treatment on the Social and Exploratory Behavior of Puppies", reported by Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process".

쓰다듬어 주어 일종의 상을 주었고, 다른 집단의 강아지들은 똑같은 훈련을 받았지만 가까이 다가올 때면 이따금씩 충격을 주곤 했다. 쓰다듬어 주고 또 충격을 주었던 강아지들은 실험자에게 훨씬 더 의존적이게 되었다. 즉 그 강아지들의 행동은 처벌에 의해서 저지되기보다는 오히려 강화되었다. 포상과 처벌을 함께 한 유사한 연구가 동물, 성인, 아동을 이용한 다른 많은 연구에서도 발견되었다.[44] 실제로 아이들의 경우에는 항상 상을 받는 아이들보다는 아이들이 처벌과 상을 모두 받을 때 전에 배운 행동을 그만두기를 거부한다고 한다.

이 모든 연구들은 비일관성, 즉 처벌과 보상의 불예측성의 한 측면만을 조사한 것이다. 비일관성을 조사한 다른 연구도 있다. 예컨대, 처벌강도의 정도를 달리하거나 - 처벌을 점차적으로 또는 갑자기 늘리는 것 - 부나 모의 역할을 달리하여 실험자가 처벌의 척도를 달리하는 것 등이다. 그 밖에도 다른 변형도 가능할 것이다.

범죄학분야에서는 벡카리아와 벤담 이후 형벌의 확실성이 주된 연구분야였다. 이 개념은 부분적으로는 비일관성에 관한 실험연구와도 관련이 있다. 왜냐하면 확실성의 개념은 기본적으로 합리주의적인 공리주의적 심리모델을 반영하기 때문이다. 즉 범죄자는 처음에 자신이 '잡히게 될' 가능성을 점친다는 것이다. 내가 알기로는, 일관되지 못한 형벌에 관한 실험연구가 이 문제를 염두에 두지 않은 것 같다. 왜냐하면 그것의 특성은 피실험자가 예측하는 것을 배울 수 없고 따라서 그가 '잡힐' 가능성을 점칠 수 없는 자의적인 처벌 계획을 발전시키는 것이었기 때문이다.[45]

다행히도 거시분석에서는 어려운 심리문제를 착수할 필요가 없었고, 연구자들은 확실성의 통계지수만을 만드는 것에 만족했다. 깁스는 그의 선구적인 연구에서 그가 조사한 기간(1959-61) 동안 살인죄로 교도소에 들어간 사람의 수를 그동안 보고된 살인죄의 수로 나누어 간단히 '확실성 지수'를 만들었다. 확실성 지수를 얻게 된 이 방법은 대부분의 후속연구에서도 반복되어 사용되었다.

44) *Ibid.*
45) 이것은 보상의 분야에서 조사되었다. 여기에서는 피실험자가 '예측할 수

1968년 깁스가 조사한 이후 행해진 12개의 연구에서 8개의 연구가 범죄율과 형벌의 확실성 사이에서 높은 반비례적인 상관관계를 나타냈다.[46] 즉 그 연구들은 형벌의 확실성이 낮아짐에 따라 범죄율이 증가한다고 밝혔다. 그 양자의 관계는 형벌의 엄격성과 범죄율 사이에 나타났던 것보다 훨씬 더 강했다. 실제로 형벌의 엄격성과 범죄율 사이에 아무런 관련도 없다고 한 이전의 연구의 경우에는 기대된 방향에서 확실성에 대하여 관련성의 정도가 약하다고 발견되었다. 오직 한 연구에서만 아무런 관련이 없다고 했다.[47]

인지구조 지금까지 기술한 모든 실험연구는 어느 정도 두려움이나 불안과 같은 내부적인 심리상태가 형벌로부터 생기고, 그에 따라 나타나는 바람직하지 않은 행동을 금지하는 것이 감정에서 감소함에 따라 강화된다는 생각에 의존하고 있다. 즉 행위를 하지 않는 것이 불안이나 두려움이 줄어듦으로써 '보상'받는다는 것이다. 이와 마찬가지로 우리는 이러한 감정이 형벌 위협의 중요성을 강조하는 예방이론의 한 측면을 나타낸다는 것을 보았다.

다른 학습이론자들은 형벌에 대한 이러한 접근방법을 '합리성'이나 '이성' - 통상 '認知構造'(cognitive structure)라고 표현하는 - 보다는 감성에 기반을 둔 행동에 부당하게 편중된 것이라고 비난하고 있다. 파크(Parke) 교수가 주장하는 것처럼, "인간의 반응금지에 관한 적절

있는' 구조 양상에 따라 다양한 강화기법계획이 사용되었다.

46) 이 연구들은 다음과 같다. Gibbs, "Crime, Punishment and Deterrence"; Gray and Martin, "Punishment and Deterrence"; Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions"; Bean and Cushing, "Criminal Homicide"; Ehrlich, "The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement"; Logan, "General Deterrence Effects of Imprisonment"; Baily, Martin, and Gray, "Crime and Deterrence".

47) 이 연구들은 다음과 같다. T. G. Chiricos and G. P. Waldo, "Punishment and Crime: An Examination of Some Empirical Evidence", *Social Problems* 18 (1970-71):200; Baily and Smith, "Punishment"; G. Antunes and L. Hunt, "The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States: An Extended Analysis", *J. Criminal Law and Criminology* 64 (1973):486. 관련성이 나타나지 않은 것은 Baily, "Correctional Outcome". 이 연구에서는 1967-68년 자료를 사용한 반면, 다른 모든 연구에서는 깁스가 연구한 기간과 동일한 그 이전 시기의 자료를 사용했다. 이것은 형벌 요소의 효율성은 오랜 기간이 넘으면 상당히 달라진다는 것을 암시해주므로, 앞으로의 연구에서는 이 점을 고려해야 할 것이다.

한 이론은 인지적이고 감성적인 요소가 모두 고려되어야 한다."[48] 연구자들은, '인지구조'라 함은 형벌을 "설명하기 위하여" 처벌자들이 사용하는 설득이나 합리적 근거에 대한 정도를 의미한다고 한다. 시어즈(R. R. Sears)[49]와 그의 동료들이 행한 현장연구에서는 설득과 물리적 처벌을 함께 사용한 어머니가 물리적 처벌만을 사용한 어머니보다 훨씬 더 효과적이라고 밝히고 있다.

실험실에서는 아이들에게 행한 설득의 유형과 그것이 금지행위에 미치는 영향을 통제할 수 있는 실험이 보다 분명하게 행해졌다. 여기서 사용된 계획 역시 '유혹에 대한 저항' 모델인데, 여기에서는 아이들에게 특정한 장난감을 만지거나 갖고 놀지 못하도록 하고, 만약 그런 짓을 하는 경우에는 큰소리로 야단을 쳤다. 그리고 실험자는 방을 나가고, 아이들이 금지된 장난감을 가지고 노는지 관찰했다. 아이들은 두 집단으로 나뉘어졌는데, 하나는 '야단을 치는 합리적인 이유가 있는 집단'이고, 다른 한 집단은 그런 '이유가 없는' 집단이었다. 모든 아이들에게는 "여기에 있는 장난감들 중에는 만지거나 가지고 놀아서는 안되는 것이 있다"고 말하면서, 야단을 치는 이유를 말해 준 집단에게는 "왜냐하면 그와 같은 장난감들을 더 가지고 있지 않기 때문이야. 그리고 그 장난감들이 깨지거나 망가지면 더 이상 그것을 가질 수 없어. 그러한 이유 때문에 너희들이 그 장난감들을 만지거나 가지고 놀지 않았으면 한다."[50]고 말했다. 이러한 합리적인 이유를 듣자 처벌의 효율성이 증대하여 금지된 장남감을 가지고 놀고 싶은 유혹을 금지시켰다. 이러한 연구결과는 다른 유사한 연구에서도 반복되어 나타났다.[51] 다른 연구에서는 합리적인 이유를 변형시켜 보았지만 역시 그것도 효과가 있는 것으로 나타났다. 위에서 방금 기술한 연구에서 합리적인 이유는 규칙 준수를 위한 하나의 '객관적인' 이유(예컨대, 장난감이 망가진다는)를 설명하는 것이다. 다른 연구에서는 그 이유가 아

48) Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process", p.91.
49) R. R. Sears, E. E. Maccoby, and H. Levin, *Patterns of Child Rearing* (New York : Harper & Row, 1957), pp.325-347.
50) Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process".
51) *Ibid.*

이들의 의향을 강조하는 것이었다. 예컨대, "안돼, 그 장난감을 가지고 놀기를 원해서는 안된다."[52]

다른 연구에서는 행동금지를 일반화시키는 것이 처벌에 대한 합리적인 이유를 들어도 향상되지 않았다고 한다. 그러나 최근 두 개의 연구에 의하면, 합리적인 이유를 부가하는 것이 처벌의 효과를 향상시킬 뿐만 아니라, 다른 금지행위에 대한 금지에 대하여까지도 일반화하는 것을 향상시켰다고 한다.[53] 이러한 차이가 나타나는 이유는, 금지를 일반화하는 근거의 효율성을 나타내는 연구들이 청소년들에게 행해진 반면, 대부분의 다른 연구는 어린 아이들에게 행해졌기 때문이다. 더 설명하자면, 어린 아이들은 즉각적인 처벌과 그 상황에 대하여 따로따로 반응을 나타낸다는 것이다. 이에 반하여, 아이들이 나이를 먹어감에 따라 그 아이는 그가 처벌받는 상황을 식별하는 법을 배우고 자신이 취할 행동에 대한 일반적인 규칙을 발전시킨다. 따라서 처벌상황에 대한 인지구조는 나이든 어린이일수록 더 효과적이다. 왜냐하면 그 아이는 자신이 배운 규칙에 따라 상황을 해석하는 데 길들여져 있고, 그에 따라 다른 상황에 대하여도 이를 일반화할 수 있기 때문이다. 파크는 이러한 가설을 지지하는 연구보고서를 낸 적이 있다.[54]

물론 인지구조와 형벌에 관한 범죄학연구의 상관성이 중요하다. 형법이 폭넓게 추정하고 있는 것 가운데 하나는, 일반인들이 법이 무엇을 규정하고 있는지를 알고, 이에 따라 자신의 행동을 조율한다는 것이다. 형법은 소급입법의 경우를 제외하고는 법률의 무지를 형벌조각사유로서 인정하고 있지 않다. 조금은 혼란스러운 연구가 이 분야에서 행해졌다.

우리는 前章에서 공리주의 형벌론자들이 어느 만큼 형법의 일반예방기능을 신봉하고 있는지를 보았다. 사람들은 형벌에 의하여 억제될 뿐만 아니라, 형법의 '교육적이고 관행화된 도덕화 과정'의 결과로서 이를 배운다고 이들은 주장한다. 그러면 법을 준수하는 사람은 형법, 특

52) Aronfreed, reported in *ibid.*
53) Lavoie, "Punishment Generalization in Adolescent Males".
54) Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process".

히 형벌에 대하여 잘 알고 있어야 할 것이고, 범죄자들은 아무것도 몰라야 할 것이다.

사실은 많은 연구들에서 대부분의 사람들이 형법과 형벌에 대하여 아는 바가 거의 없다고 밝힌 바가 있다.[55] 잘 알려진 밀러(D. Miller)[56]의 연구에서 그는 '범죄자, 잠재적 범죄자, 그리고 법을 준수하는 시민들'을 면접하고, 일반대중들은 무기소지폭행, 강간, 수표위조 등등의 다양한 범죄에 대한 형벌에 대하여 아는 바가 없다는 것을 밝혀냈다. 성인의 수형자들이 가장 잘 알고 있었다. 물론 범죄로 처벌을 받고 다른 수형자들과 함께 구금당하고 있는 사람들이 당연히 일반대중들보다 더 형벌에 대하여 잘 알고 있을 것이다. 따라서 인지구조가설에 따르면, 이러한 집단이 장래에 더 범죄를 덜 범할 것이라고 예측할 수도 있을 것이다. 그러나 이것이 사실이 아니라는 것을 우리는 잘 알고 있다. 밀러의 연구는 일반예방가설을 부정하는 데 사용할 수가 없다. 왜냐하면 일반대중의 형법 및 형벌에 대한 지식과 비교해 보기 위하여 아직 범죄를 범하지 않았지만 장래에 이러한 조사에 응하게 될 사람들을 조사할 필요가 있을 것이기 때문이다. 더 나아가 중요한 것은 범죄와 형벌에 대한 전문지식을 많이 아는 것이 아니라, 법준수행위를 지향하는 일반적인 경향이라고 하는 주장도 있다. 그러나 또한 범죄와 형벌의 심각성에 대한 일반인식에 따라 조사하고 통계적으로 높은 범죄율을 나타내는 사람들(예컨대, 가난한 흑인, 하류계층)과 비교한다면, 일반적으로 아무런 실질적인 차이를 발견할 수 없을 것이다.[57]

---

55) N. Walker and M. Argyle, "Does the Law Affect Moral Judgments?", *British Journal of Criminology* 4, 6 (1964):570. 또한 이러한 연구에 대하여는 G. Newman, *Comparative Deviance* (New York : Elsevier, 1976), Chap.3; R. L. Henshel and R. A. Silverman, *Perception in Criminology* (New York : Columbia University Press, 1975) 참조.

56) D. Miller et al., "Public Knowledge of Criminal Penalties: A Research Report", in *Deterrent Effects of Criminal Sanctions*, Progress Report of California Assembly Committee on Criminal Procedure, California, 1968.

57) 이러한 연구의 예로는 Newman, *Comparative Deviance* 참조. 이에 대한 선구적인 연구는 T. Sellin and M. E. Wolfgang, *The Measurement of Delinquency* (New York : John Wiley & Sons, 1963). 최근의 재미있는 연구는 범죄율과는 반대로 범죄의 심각성에 대한 일반의 인식을 연결시켰다. 이러한 연구를 수행한 자들은 그 연구결과가 예방원칙과는 '반대되는' 것이라고 해석하고 있다. 그 이유는 범죄를 억제하는 것은 법이 아니라 '법외적인' 것이

아마도 우리가 여기서 눈여겨 보아야 할 것은 형벌 또는 법 그 자체의 지식이 아니라 사람들이 체포될 가능성에 대하여 계산하는 것이다. 범죄자나 잠재적 범죄자들은 형사사법절차의 실무를 더 잘 알고 있기 때문에 일반인들보다 체포될 가능성이나 체포될 경우 부과될 형벌의 정도를 더 현실적으로 계산할 수 있다. 따라서 그들은 범죄를 범함으로써 얻는 '보상'은 물론, 처벌될 가능성, 그리고 처벌되는 경우 그 형벌의 정도를 계산할 수 있을 것이다.[58] 이것은 보고되는 범죄율이나 제거율이 매우 낮은 범죄(예컨대, 강간이나 침입절도)에도 매우 높게 관련되는 것으로 나타났다.

여기서 내가 제안하고 싶은 것은 처벌의 확실성과 인지구조 사이의 관계가 형사사법분야에서의 형벌의 효과에 매우 중요하다는 것이다. 실제로 형벌요소 사이의 상대적인 중요성과 상호작용은 실험의 중요한 초점이 되었고, 또 어느 정도는 형사사법연구에도 주요한 초점이 되었다.

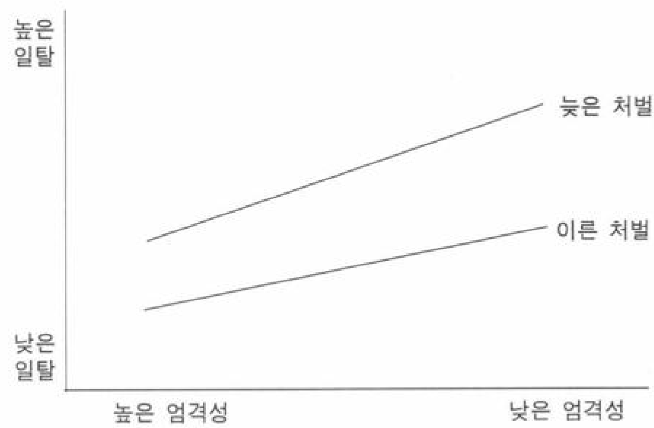
처벌요소 사이의 상호작용

엄격성과 지체 일반적으로 의견이 일치하지는 않지만, 실험실에서 행한 연구결과를 보면 엄격한 형벌이 지체된 형벌의 약점을 극복할 수 있다고 한다. 이러한 관계를 도표로 그리면 〈도표 1〉과 같다.

기 때문이다. 그러나 이것은 예방의 개념을 너무 좁게 해석한 것이다. 왜냐하면 그 연구결과들은 형법의 "교육적이고 도덕적이며 관행화시키는" 효과를 더 지지해 주는 것이기 때문이다. 이에 대하여는 M. L. Erickson, J. P. Gibbs, and G. F. Jensen, "The Deterrence Doctrine and the Perceived Certainty of Legal Punishments", *American Sociological Review* 42 (1977):305-317.

58) 쇼트와 스트뢰벡(Short and Stroebeck)은 비행행위의 설명에 대하여 이와 유사한 모델을 사용했다. 이에 대하여는 J. Short and F. Stroedbeck, *Group Process and Gang Delinquency* (Chicago: University of Chicago Press, 1965) 참조. 체포가능성과 관련된 다른 연구는 D. Claster, "Comparisons of Risk Perception between Delinquents and Non-Delinquents", *J. Criminal Law and Criminology* 58, 80 (1967); J. Jensen, "Crime Doesn't Pay: Correlates of a Shared Misunderstanding", *Social Problems* 17 (1969); R. Meier and W. T. Johnson, "Deterrence as Social Control", *American Sociological Review* 42, 2 (1977):292-304.

〈도표 1〉 실험상황에서 나타난 처벌의 지체와 엄격성과의 관계



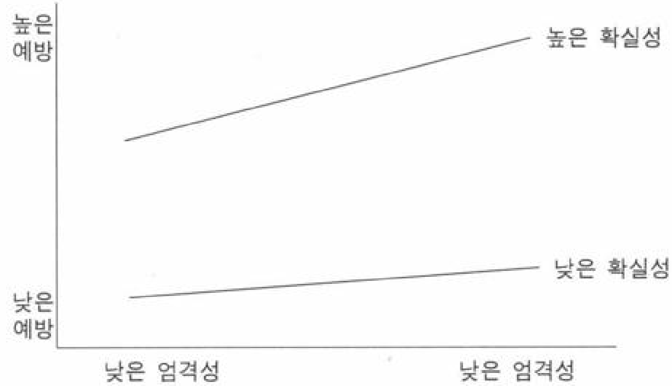
* 도표 1, 2, 3, 4는 R. D. Parke, in *Early Experiences and the Process of Socialization*, ed. R. A. Hoope et al. (New York : Academic Press, 1970), pp.87-93 에서 인용.

엄격성과 확실성 처벌의 엄격성과 확실성의 효과를 직접 비교한 모든 실험연구를 여기서 제시할 수는 없지만, "충분히 강한 형벌은 일시적일 뿐이기는 하지만 행동을 효과적으로 억압한다"[59]고 추론하는 것이 타당할 것이다. 실험실에서의 연구에 관한 한, 처벌의 엄격성이 형벌의 주요하고도 핵심적인 요소이라는 점은 거의 믿어 의심치 않는다.

형사사법연구는 거의 전적으로 이 두 변수 사이의 관계에 초점을 맞추고 있다. 확실성과 엄격성 사이에는 상당히 부정적인 관계가 보이는 이 연구들은 거의 모두 처벌의 확실성이 더 중요한 변수라고 밝히고 있다.[60] 많은 연구자들은 "확실성의 수준이 엄격성을 현저한 것으로 만들 만큼 충분히 높을 경우에만 처벌의 엄격성만이 억제효과가 있다"고 결론짓고 있다.[61] 이 관계가 〈도표 2〉에 나타나 있다.

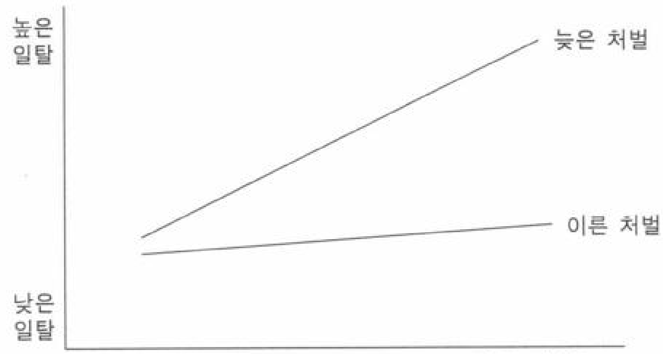
59) Singer, "Psychological Studies of Punishment", p.417.
60) 적어도 이러한 결과는 Gibbs; Tittle; Beans and Cushing; Baily and Smith; Ehrlich; Logan; Baily, Martin, and Gray의 연구에서 보이고 있다.
61) Antunes and Hunt, "The Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Crime in American States", pp.150-151. 이 연구결과는 Logan, "General Deterrence Effects of Imprisonment" 에서도 지지되었다.

〈도표 2〉 형사사법연구에서 나타난 처벌의 확실성과 엄격성 사이의 관계

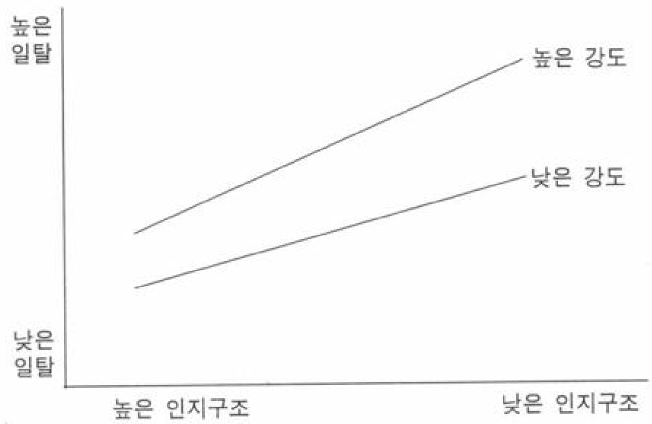


인지구조, 지체 및 엄격성 앞에서 본 바와 같이, 처벌과 함께 처벌 이유를 드는 형태에서는 높은 인지구조가 행위금지를 증대시켰다. 파크는 합리적인 이유를 제공하는 것이 처벌을 먼저한 것과 나중에 한 것 사이에 나타나는 상당한 차이를 충분히 극복할 수 있다고 보고하고 있다. 이 관계가 〈도표 3〉에 나타나 있다. 합리적인 이유는 또한 지체와 인지구조에 대한 같은 양상을 보여주고 있는 〈도표 4〉에서 볼 수 있는 것처럼 낮은 처벌강도의 효과가 상실된 것을 보충해 줄 수 있다.

〈도표 3〉 인지구조와 처벌의 지체 사이의 관계



〈도표 4〉 엄격성과 인지구조와의 관계



다른 중요한 연구결과는, 처벌에 대하여 합리적인 이유를 말해 주는 것이 행위를 계속해서 금지시킨다는 점이다. 두 개의 연구[62]에서 처벌을 받는 동안 낮은 인지구조를 제공받은 피실험자들이 처음 5초간의 실험에서 유혹에 저항하면서도 나중에는 금지된 행위를 하려 했다는 것을 밝혀주고 있다.

다양한 행위와 그에 대한 처벌

지금까지 기술한 연구결과들은 좁은 범위의 처벌과 행동에 국한되어 있었다. 실험실에서 가장 자주 사용된 처벌은 전기충격이었으며, 처벌된 행동은 명확하게 특정되지 않았다. 그러나 그 행동들은 이른바 '도구적' 행동들이었다. 즉 동물을 일련의 행동들이 가진 특정한 목적을 위하여 – 예컨대, 좁은 미로를 달리게 하여 그 끝에 먹이를 매달아 보상으로 주는 것 등 – 사용했던 행동들이었던 것이다. 아이들의 경우에는 처벌된 행동의 종류가 주로 실험자가 임의로 가지고 노는 것을 금

62) R. H. Walters and J. A. Cheyne, *Punishment* (London : Penguin, 1972); Parke, "The Role of Punishment in the Socialization Process", p.96.

지한 장난감을 만지거나 가지고 노는 따위의 것들이었다. 여기서 자주 사용되었던 처벌은 큰소리를 지르거나 말로 야단을 치는 것 따위였다. 다른 연구에서는 역시 좁은 의미에서 처벌받을 수 있는 행동으로서 공격적인 행위를 사용했다.

대부분의 이러한 실험연구는 실험실에서 행해졌기 때문에 그것을 현장조건에 일반적으로 적용하는 데에는 주의를 요한다. 그러나 가능한 한 '실생활'과 매우 밀접한 상황에서 행한 일련의 연구들도 있는데, 이 연구들은 사회적인 고립('퇴장')이 처벌로서 학급아동들에게 미치는 영향을 조사한 것들이다. 10년 이상 행해진 이들 연구에서는 퇴장시키는 것이 떠들거나 공격적인 행동이나 또는 '이상한' 행동들을 하지 못하게 하는 데 효과가 있었다고 한다.[63] 이 연구의 중요성은 처벌된 아이들보다는 아동에 미친 영향이다. 따라서 이 연구들은 무력화를 처벌로서 유추하고 있다. 그러나 이 연구들은 주로 초등학교 학생들을 대상으로 행해졌다. 그러한 연구들이 비행자들을 무력화시키는 것이 비행자들과 잘 어울려다니는 주변 사람들에게 바람직한 영향을 미치는가를 알아보기 위해서 청소년들 사이에서 행해졌다면(나이가 많은 청소년들이 특히 범죄성향이 높은 집단이다) 특별한 관심을 끌었을 것이다. 혹자는 이러한 종류의 연구가 비행자들을 형사사법제도에서 '이탈(divert)'시키는 것 - 학교로 되돌려보내는 것 등 - 을 결정하기 전에 행해졌어야 할 것이라고 주장하기도 한다.[64]

형사사법연구들은 살인이나 FBI의 주요범죄에만 국한하는 경향이 있다. 왜냐하면 이들 범죄에 대한 통계를 얻기 쉽기 때문이다. 우리는 예방 또는 억제가 특정범죄에 따라 변화할 수 있는 결과이고, 살인의 경우 가장 잘 나타날 수 있다는 것을 보았다. 다른 주요범죄를 조사한 두 개의 연구에서 형벌의 엄격성과 확실성의 증가는 특히 자동차절도

63) 이러한 연구에 대하여는 R. Drabman and R. Spitalnik, "Social Isolation as a Punishment Procedure: A Controlled Study", *Journal of Experimental Child Psychology* 16, 2 (1973):236-249 참조.

64) 이 분야에서는 정상적인 교실에 정신지체아나 장애자를 들어오게 한 영향에 대하여 많은 연구들이 있었다. 그 결과 보통 다른 아동들의 행동이 향상되었다고 한다. 이에 대하여는 G. R. Newman, "Deviance and Removal" (Ph.D. diss., University of Pennsylvania, 1972). 내가 아는 한 비행자에 대하여 행해진 연구는 없다.

와 같은 범죄가 증가하는 것과 관련되어 있다는 것을 발견했다.[65]

많은 연구들이 다른 분야에서 행해졌는데, 이 연구들은 형벌의 확실성과 엄격성의 다른 척도를 사용하여 주요범죄 이외의 범죄를 조사했다. 이러한 연구들의 대부분은 특정 범죄와 관련된 법의 엄격성과 확실성의 변화를 이용하여 변화 전후의 범죄율을 측정함으로써 사형을 연구한 사람들의 초기 연구방법을 사용했다. 대학교정 내에서의 불법주차에 대한 벌금을 인상하고 단속을 강화하자 이러한 범죄가 30% 정도 줄었다.[66] 그러나 다른 연구에서는 음주규칙위반, 만취, 도서실 장서에 대하여 낙서하는 것 등과 같이 학교에서 발생하는 비행들은 직접적인 위협을 가해도 줄어들지 않는다고 보고하고 있다(이 연구에서는 공식통계보다는 자기보고방법을 사용했다).[67]

납세자에 대한 연구를 통해 연구자들은 납세자들이 그들의 세금을 속일 수 없는 여러가지 방법들을 사용해서 양심에 호소하는 것이 직접적인 위협보다 더 효과적인 것을 밝혀냈다. 물론 두 방법 모두 효과가 있기는 하지만 말이다.[68] 코네티컷州에서는 과속운전에 대하여 엄격한 처벌이 미치는 영향에 대하여 연구해 보았으나, 이것이 가지는 예방효과는 거의 없다고 밝혔다.[69] 또 필라델피아에서는 강간죄에 대하여 엄격한 형벌을 도입해 보았으나 강간죄의 범죄율에는 거의 영향을 미치지 않았다고 한다.[70] 마지막으로 항공기납치에 대한 처벌의 엄격성과 확실성에 대한 연구도 행해졌는데, 이 연구는 ≪뉴욕 타임즈 *New York Times*≫에 실린 항공기납치사건을 가지고 범죄율로 측정했다. 이 연구

65) Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions"; Baily, Martin, and Gray, "Crime and Deterrence".
66) W. J. Chambliss, "The Deterrent Influence of Punishment", *Crime and Delinquency* 12 (1966):70-75.
67) R. Salem and W. J. Bowers, "Severity of Formal Sanctions as a Deterrent to Deviant Behavior", *Law and Society Review* 21 (August 1970).
68) R. D. Schwartz and S. Orleans, "On Legal Sanctions", *University of Chicago Law Review* 34 (Winter 1967):274-300.
69) D. T. Cambell and H. L. Ross, "The Connecticut Crackdown on Speeding: Time-Series Data in Quasi-Experimental Analysis", *Law and Society Review* 3 (1969).
70) B. Schwartz, "The Effect in Philadelphia of Pennsylvania's Increased Penalties for Rape and Attempted Rape", *J. Criminal Law, Criminology, and Police Science* 59, 4 (1968):509.

에 의하면, 처벌의 확실성을 높이는 것이 항공기납치를 줄이는 데에 큰 영향을 미치기는 하지만, 처벌의 엄격성이 미치는 영향은 없다고 한다.[71]

일반적으로 우리는 다음과 같이 결론내릴 수 있을 것이다. 즉 결과들이 뒤섞여 있기는 하지만, 예방은 특히 처벌의 확실성이 강한 경우 일부 범죄에 대하여는 효과가 있는 것으로 나타났다. 범죄에 대한 처벌의 엄격성을 증가하는 데에 대한 연구는 좀더 연구될 필요가 있지만, 엄격성은 실생활의 범죄상황에서 바람직하지 않은 행동을 억압하는 데에는 별로 중요하지 않은 듯하다. 대부분의 실험연구에서는 엄격성이 주요한 형벌의 요소라고 결론짓고 있기 때문에 이 점은 중요하게 고려해야 한다.

형벌 연구에 있어서의 괴리와 단점

실험과 실생활 사이의 괴리 이 章에서 언급한 명백한 이유 때문에 실험실에서 행한 연구를 실생활의 상황으로 막바로 적용하는 것은 매우 위험한 일이다. 실험실에서는 완전한 통제를 할 수 있지만, 사회는 아직 그러한 완전한 통제상태에 이르고 있지 않다. 따라서 동물이나 아동 심지어는 성인들에게서 얻어진 결과들은 명확하기는 하지만 실생활에서 좀더 주의깊게 연구되어야 한다.

실제로 학습이론을 주장하는 사람들은 실생활과는 전혀 무관한 '아동의 신화'를 만들어냈다고 하는 비난을 받는다.[72] 그러나 실험실에서 행한 연구를 옹호해서 말하자면, 그러한 연구들은 기본적인 형벌요소들을 명확하게 구체화했고 처벌이 작용하는 방법을 완벽하게 분석했다고 말할 수 있을 것이다. 실생활과의 갭을 메우기 위하여는 처벌과정을 관찰하는 것이 무엇보다도 도움이 될 것이다. 예컨대, 어떤 연구들

71) R. Chancey, "Deterrence : Certainty, Severity and Skyjacking", *Criminology* 12, 4 (1975):447.

72) A. C. Baldwin, *Theories of Child Development* (New York: John Wiley & Sons, 1967).

은 거의 모든 부모들이 물리적인 처벌을 사용하고 있다고 제시해 주고 있다.[73] 그러나 우리는 부모들이 물리적인 처벌을 사용하는 상황이나 그것을 적용하는 방법에 대하여는 아는 바가 거의 없다. 교사나 부모들이 사용하는 좀더 예민한 언어상의 처벌을 관찰하면 좀더 자연적으로 관찰할 수 있을 것이다. 이 방법만이 실험실과 실생활 사이의 괴리를 메울 수 있을 것이다.

형사사법에서 행하는 예방연구의 단점 이에 대하여는 많은 비판들이 제기되고 있는데, 그 가운데 주요한 것들만을 다음에서 언급해 보기로 한다.[74]

형사사법에서 행한 모든 예방연구들은 인과관계를 쉽게 도출할 수 없는 상관관계에 의한 통계방법에 의존하고 있다. 따라서 처벌의 확실성이 증가할 때 특정기간 동안의 범죄율이 낮아졌는지를 발견했더라도, 확실성이 증가한 것이 범죄율 하락의 원인이 되었는지를 밝힐 수 없다. 통계적으로 볼 때, 범죄율의 하락은 처벌의 확실성이 증대되었기 때문이라고 말해도 좋을 것이다. 그러나 이러한 결론을 내릴 수는 없다. 왜냐하면 우리가 알고 있는 처벌의 효과가 그렇지 않다고 말해주기 때문이다.

확실성이 증가하고 있을 때 범죄율에 영향을 미치는 다른 종류의 요인이 있다는 것을 생각해보면 어려움이 더 생겨난다. 예컨대, 범죄율을 조사하는 기간이 장기간일 경우, 공공정책, 경제조건, 도시화, 인구의 연령구조 등등에서 변화가 생길 수 있다. 그러나 에어리히(Ehrlich)와 같은 학자들은 이러한 많은 요인들을 통제할 수 있었다. 어떤 이는 에어리히가 선택한 기간은 그의 연구결과의 중요한 결정요소였다고 주장하긴 하지만 말이다.[75]

---

73) R. R. Sears, J. W. Whiting, V. Nowlis, and P. S. Sears, "Some Child Rearing Antecedents of Aggression and Dependency in Young Children", *Genetic Psychol. Monograph* 57 (1953):153-234 및 Erlanger, "Social Class and Corporal Punishment in Childrearing".

74) 좀더 자세한 분석에 대하여는 Zimring and Hawkins, *Deterrence* 및 J. P. Gibbs, *Crime, Punishment and Deterrence* (New York: Elsevier, 1975) 참조.

75) P. Passell and J. B. Taylor, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: Another View", Economics Workshop Discussion Paper 74-7509, Columbia

또한 '딜레마'도 있다. 처벌의 확실성을 증가시키기 위해서는 법집행의 수준을 반드시 높여야 한다. 그렇게 하면 '범죄율'을 증가시킬 수 있다. 왜냐하면 경찰이 더 많은 범죄자들을 체포하기를 기대할 수 있기 때문이다. 따라서 다른 것들은 억제될지 몰라도 '범죄율'은 낮아지기보다는 증가할 것이다.

양형정책이나 법률의 변화는 범죄가 '변화되고', 그에 따라 특정 범주에 속하게 되는 방법을 변화시킬 수 있다. 예컨대, 사형을 다시 도입하면 많은 범죄자들이 정신이상을 형벌조각사유로 주장할 것이고, 따라서 이 범죄가 속하는 범주가 바뀔 가능성이 있다.

대부분의 복잡한 방법론연구는 징역형을 형벌의 유일한 지표로 사용했다. 범죄인을 체포하여 형을 선고하는 과정에 따르는 폭넓은 처벌의 범위를 조사하는 것도 고려되어야 한다. 다른 처벌은 다른 효과를 가져온다는 것을 이미 앞에서 보았기 때문이다.

아마도 예방론에 반대하는 가장 흔한 주장들은 예방론이 단순한 심리학을 기저로 하고 있다는 점일 것이다. 물론 이러한 비난이 근거가 없음은 당연하다. 그것은 결코 벤담의 심리학에 적용할 수 없고, 이 章에서 살펴본 처벌의 심리학 - 그 모든 것은 예방론이 가정하고 있는 것을 지지하는 것으로 해석할 수 있다 - 에도 적용할 수 없다. 그러나 연구조사와 이론은 예방론과 형벌연구가 최근까지도 무시하는 경향이 있는 형벌의 인지적인 측면에까지 확대되어야 한다는 주장이 있다. 그렇지만 이 분야로 들어오면 우리는 단지 '억제'(deterrence)라는 단어를 뛰어넘어 '예방'(prevention)이라는 단어로 대체해야 할 것이라고 본다. 예방은 심리적·사회적·정치적 과정을 더 폭넓게 구체화하고 있다.

일반예방에 대한 연구 우리가 형벌을 사용하여 범죄예방을 하는 것에 관심을 가진다면 범죄가 행해진 뒤에야 처벌을 하는 구태의연한 것을 뛰어넘어 형법의 교육적, 도덕적, 관행적 효과에 대해서 쓴 학자들의 저술들을 신중하게 고려해야 할 것이다. 이렇게 확대된 일반예방적

University, 1975.

관점은 아동에 대한 처벌의 효과에 관한 연구들과 상당히 깊은 관련성을 보여주고 있다. 왜냐하면 우리는 만약 습관이나 교육이 효과적이라면 일찍 시작하는 것이 많은 도움이 된다는 것을 알고 있기 때문이다. 그러면 이러한 관점을 논리적으로 확대해 보면 아동은 어린 시절부터 처벌과 형법에 대하여 교육받아야 한다는 결론이 나온다. 따라서 아동이 범죄를 범하지 않는 과정(예컨대, 사회화 같은)을 조사해 볼 필요가 있다. 대부분의 연구에서는 사람들이 형법과 형벌에 대하여 완전히 무시하고 있다는 것을 밝히고 있으므로 아마도 범죄율은 이 때문에 높을 것이다. 여기서는 발전적 접근방법(developmental approach)이 더 적절할 듯 싶다.

홍보성 벤담식의 체계에 있어서 중요한 점은 범죄의 처벌이 폭넓게 그리고 다양한 방법으로 알려져야 한다는 점이다. 이미 살펴 보았듯이, 19세기까지는 이 목적이 실제로 달성되었다. 왜냐하면 사람들은 형벌에 있어서 중요한 역할을 했었기 때문이다 - 많은 사례에서 보여지는 바와 같이 칼刑의 경우 사람들은 형을 실제로 집행했다. 대중들은 특히 텔레비젼의 연속극에서 가상의 범죄가 방영되는 경우와 같이 범죄를 널리 알리는 것은 더 많은 범죄를 부추긴다고 믿고 있다.[76] 홍보는 거의 모든 예방연구에서 빠뜨리고 있는 중요한 변수이다. 하지만 위협적인 내용을 방송하는 것은 건강이나 다른 선전캠페인에서 광고매체가 사용하는 중요한 요소이다. 불쾌한 결과가 발생할 것이라고 위협하면 행동이나 태도를 변화시키는 데에 상당히 효과가 있다고 밝히는 연구들은 상당히 많다.[77] 금연, 과도한 체중, 치약광고 등은 이러한 연구들을 이용하고 있다. 그러나 일반적으로 엄하게 위협하는 것보다는 부드럽게 위협하는 것이 더 효과가 있다고 한다. 법적 위하의 효율성 분야에 관한 연구는 앞서 언급한 납세에 관한 연구에 국한되었다.

76) D. J. Abbott and J. M. Kalonico, "Black Men, White Women - The Maintenance of a Myth : Rape and the Press in New Orleans", in *Crime and Delinquency : Dimensions of Deviance*, ed. M. Riedel and T. Thornberry (New York : Praeger, 1974).

77) Singer, "Psychological Studies of Punishment"; S. Shah, "Treatment of Offenders : Some Behavioral Concepts, Principles and Approaches", *Federal Prohibition* 30 (1966):29.

이 연구에서는 위협을 가하는 것도 효과가 있긴 하지만 그것이 '양심에 호소하는 것'보다는 덜 효과가 있다고 밝혀졌다. 다른 연구에서는 면허가 취소될 가능성이 있다는 위협의 편지를 보내어 실시되었다(자동차부[the Department of Motor Vehicles]에는 법에 규정된 과실운전자가 될 수 있다고 기록되어 있다). 이러한 위협에 의하여 교통범죄는 상당히 줄었다.[78]

최근에 캐롤 트릴링(Carol Trilling)은 형벌의 홍보가 살인의 일반예방에 미치는 영향에 대하여 연구한 적이 있다.[79] 이 연구는 많은 통제를 사용했고, 허위변수들을 배제했으며, 개별적인 살인범죄율을 사용한 것으로 주목받았다.[80] 트릴링은 실제 형벌이 살인범죄율의 일반예방효과에 거의 영향을 미치지 않을 뿐만 아니라, 형벌을 홍보하는 것도 억제책이 되지 못한다는 것을 알아냈다. 벤담은 형벌을 알리는 것이 그 자체로 충분한 날이 있을 것이라고 예상했다. 그러나 지금까지의 경험적인 연구에 의하면 그의 낙관주의가 현실로 나타나지는 않은 것 같다.

결 론

이처럼 혼란스러운 연구결과와 해석으로부터 우리는 어떤 결론을 얻

78) '위협에 호소하는 방법'에 대하여는 Zimring and Hawkins, *Deterrence*, pp.141-171 참조.

79) Trilling, "Publicity and Homicide". 범죄와 대중매체 사이의 관계에 관한 연구들이 몇 개 있기는 하지만, 어떤 것도 올바른 방법론을 사용하지 않았으며, 그것이 예방을 지향하고 있지도 않다. 최근 N. Shover, W. B. Bankston, and W. J. Gurley, "Responses of the Criminal Justice System to Legislation Providing More Severe Threatened Sanctions", *Criminology* 14, 4 (1977):483-499 는 예방모델에서의 홍보성을 포함하고 있지만, 예방에 있어서 특별한 역할을 평가하지는 않았다. 필라델피아에서 슈바르츠(Schwartz)와 사비츠(Savitz)가 행한 연구에서는 홍보가 범죄율에 거의 영향을 미치지 않는다고 밝혔다. 그러나 이 연구는 통제를 하지 않은 심각한 문제를 안고 있다. 이에 대하여는 T. A. Knopf, "Media Myths on Violence", *Columbia Journalism Review* 9 (1970-71).

80) 개별자료의 사용은 특히 중요하다. 왜냐하면 그것은 이전의 연구들이 가지고 있었던 방법론상의 문제점들을 제거했기 때문이다. 이에 대하여는 Trilling, "Publicity and Homicide" 참조.

어낼 수 있을까? 나는 응보론자들이 형벌만이 사람에게 영향을 미칠 수 있다는 것을 입증하려 한다면 보다 강력한 사례를 들어야 할 것이라고 생각한다. 우리는 실험실의 연구에서부터 형벌이 어느 정도는 개인에게 막대한 영향을 미칠 만큼 행사될 수 있지만, 특정한 행동을 제거하고 겉으로 보기에 사람의 다른 행동에는 영향을 미치지 않는다는 것을 보았다. 따라서 경험적인 증거는 응보론자들의 주장을 편하하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 응보론자들은 우리들에게 응보형벌의 목록을 제공해 주고, 개인에 대한 영향있음 또는 영향없음을 똑똑히 전해주고 있다.

공리주의는 더 근거가 희박하다. 실험실에서 행한 연구에서는 특별예방과 일반예방 모두가 작용을 하고 있음을 보여주지만, 실생활의 상황에서 얻은 경험적인 증거에 의하면 그렇지 않다는 것을 보여준다. 따라서 형벌을 본질적으로 해악이라고 보고 따라서 선이 악을 누른다(예컨대, 형벌은 범죄를 '억제'하거나 '예방'한다)는 것을 주장하는 공리주의는 형벌이 어떠한 善도 행하고 있지 않다고 하는 강력한 증거가 있음에도 불구하고 공리주의가 선을 행하고 있음을 인정하고 있다.

형벌의 효율성에 대한 이러한 불확실성과 의혹에 직면하여 우리는 왜 형벌의 사용을 고집하고 있는 것인가? 이 책 전체를 통하여 나는 이 문제에 답하기 위하여 역사적이고 문화적인 근거를 대 왔다. 아마도 분명한 대답이 될 수 있는 것은 우리 모두가 새디스트일 거라는 것이다.

제12장 벌주는 자와 벌받는 자

제12장 벌주는 자와 벌받는 자

부모의 자식 처벌에 관한 조사를 믿는다면, 아마도 모든 사람들이 부모로부터 신체적으로 벌을 받을 것이라고 생각할 수 있다. 1930년대 이후 많은 연구에서 조사된 바에 의하면 90% 이상의 사람들이 어린 시절 볼기를 맞은 경험이 있다고 전하고 있고, 그보다 높은 비율의 부모들이 아이들에게 체벌을 사용하는 것을 인정한다고 한다.[1] 또한 우리는 제4장에서 학교에서도 체벌이 널리 사용되고 있다는 것을 보았다. 따라서 이 책을 읽는 대부분의 사람들은 일생을 통하여 신체적으로 벌을 받을 뿐만 아니라, 그들 자신들 역시 처벌자의 역할을 행하고 있다는 것을 발견할 것이다. 그러므로 인격성향과 같은 靜的인 특성을 통해서 처벌자와 처벌받는 자를 구분하는 것은 매우 인위적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 벌을 주는 것과 벌을 받는 것은 우리 모두가 공통적으로 경험하는 것이기 때문이다. 그렇지만 처벌자이든 아니면 처벌받는 자이든 간에 처벌에 대하여 반응하는 것에는 개인차가 있을 수 있다. 따라서 그러한 차이와 개인적·사회적 상관관계가 존재한다는 것을 밝히려 한 연구들을 살펴보는 것이 좋을 듯하다.

처벌받는 자

모즈리 연구소(the Maudsley Institute)의 아이젠크 교수[2]는 前章에서 언급한 바 있는 실험실연구에 기반을 둔 가정들을 발전시킨 바 있다. 아이젠크 교수의 기본적인 가정들은 다음과 같다.

---

1) 이러한 연구 가운데 특히 계급차이에 관한 뛰어난 연구에 대하여는 Erlanger, "Social Class and Corporal Punishment in Child Rearing" 참조. 일반적으로 어랭어(Erlanger)는 체벌을 사용하는 데에는 계급차이를 볼 수 없다고 결론짓고 있다. 즉 이미 언급한 바와 같이 처벌은 보편적이라고 하겠다.

2) Eysenck, *Crime and Personality*.

1. 일반인은 대체로 내성적인 성격과 외향적인 성격으로 나눌 수 있다. 이러한 구분에 걸쳐 있는 것이 높은 정도의 신경증세와 낮은 정도의 신경증세이다. 이것들의 특성은 아이젠크가 개발한 종이와 연필 테스트에 따라 정의내릴 수 있다.
2. 개인의 형벌에 대한 감수성에는 폭넓고 다양한 변형들이 있고, 이러한 개인차는 보통 신장, 체중, 지능 등이 다르듯이 모든 사람들이 다를 수 있다. 더욱이 조건능력은 유전된 생물적 기질이다.
3. 일반적으로 내성적인 사람이 외향적인 사람보다 더 쉽게 조건화된다.
4. 외향적인 사람은 체벌에 덜 민감하지만 징역이나 감각의 박탈 또는 퇴장 등과 같이 개인을 고립시키는 처벌에는 더 민감하다. 내성적인 사람들은 특히 체벌 등 모든 종류의 형벌에 민감하다.[3]

이러한 이론은 습관을 통하여 형성된 범죄와 같이 일부 범죄에 대하여는 그럴듯하지만 이것을 전체에 적용할 수는 없다. 이것은 범죄자는 다른 범죄자로부터 배운다는 미국의 학습이론과 충돌된다. 따라서 범죄자는 범죄자가 되기 위해서는 나쁜 학습자가 아니라 좋은 학습자이어야만 한다. 그러나 그가 만약 외향적인 사람이 즉각적인 보상에는 민감하게 반응하지만 처벌에는 매우 늦게 반응한다는 것을 입증할 수 있었다면 그의 이론이 적용될 수 있었을 것이다. 왜냐하면 대부분의 범죄들은 범죄자에게 즉각적인 보상을 해주기 때문이다.[4] 신경증세라는 요소를 아이젠크의 모델에 얹어놓는다면 이것이 바로 그가 주장하는 내용이 될 것이다. 왜냐하면 신경증은 즉각적으로 만족하는 요소이기 때문이다.

범죄자와 잠재적인 범죄자의 전형적인 유형군을 개략적으로 기술하고 처벌에 대한 각각의 반응에 대한 주장을 기술하는 것만도 여러 페이지가 필요할 것이다. 그렇지만 범죄자와 비범죄자 사이의 인격, 성

---

3) J. L. Parker, "Introversion/Extraversion and Children's Aversion to Social Isolation and Corporal Punishment: A Note on a Failure to Replicate Eysenck", *Australian Journal of Psychology* 24, 2 (1972):141-143 은 이러한 가설을 지지하고 있지 않다.

4) Singer, "Psychological Studies of Punishment"; Shah, "Treatment of Offenders".

격, 가치의 차이를 입증하려고 하는 것은 일반적으로 설득력이 없다는 것을 인정해야만 한다. 다른 유형의 행동'장애'보다 특정유형의 인격'장애'로 인하여 형사사법기관에 체포될 가능성이 더 많은 것은 틀림없지만(예컨대, '정신질환자'나 '사회부적응자', '위험한 폭력범', '절도광' - 많은 사람들은 이러한 극단적인 유형이 존재하는 것에 대하여 강하게 의심하고 있다), 대다수의 범죄자들은 비범죄자들과 일반적인 인격특성으로 구별할 수가 없다 - 물론 이 경우 사회계급이나 인종, 연령, 성 등을 통제해야겠지만 말이다.

현존하는 교도소가 사회경제적으로 하층계급, 청소년 그리고 흑인남성들로 가득차 있다는 것은 이미 잘 알려진 사실이다. 사람들이 형벌의 위협을 쉽게 이겨낼 수 있는 범죄를 범하는 이유는 무수히 많으므로 이러한 특정계층에 있는 초범자들이 형벌의 위협에 둔감하기 때문에 범죄를 범했다고 쉽게 결론지을 수는 없지만, 대부분의 재범자들이 이 특정계층에서 나온다는 것도 역시 사실이다. 젊고, 가난하고, 흑인인 남성들의 대부분이 교도소에서 인생을 마치지 않는다는 것을 인정한다면, 우리는 이들 재범자 집단에는 특정한 또는 독특한 어떤 것이 있다고 결론지을 수밖에 없다. 만약 조사를 하여 범죄자와 비범죄자 사이에 본질적인 차이가 있다는 것을 발견하지 못한다면 가장 분명한 점, 즉 재범자들은 그들이 경험한 형벌의 결과로서 범죄행위를 억제하지 않는다는 점에서 연구를 시작하는 것이 타당할 것이다. 따라서 그들은 형벌을 억압적인 효과가 있는 것으로 받아들이지 않거나, 아니면 형사사법기관에 의해서 적용되는 처벌과정이 바람직하지 않은 행동을 촉진시키는 반대효과를 가지고 있는 것이다. 실험실에서의 처벌연구에 따르면, 이것이 발생하는 가장 흔한 상황은 전에 처벌훈련에 의해서 설정된 행동을 처벌할 때이거나 아니면 똑같은 행동에 대하여 처벌과 함께 보상이 주어졌을 때이다. 하층의 흑인들이 중류의 백인들(이들은 사회화의 주요한 기제로서 죄책감을 이용한다)보다 더 많이 물리적인 형벌을 받기 때문에,[5] 실제로 많은 흑인범죄들이 처벌훈련의 결과로서

5) Sears, Whiting, Nowlis, Sears, "Some Child Rearing Antecedents of Aggression". 최근에는 이러한 차이가 변하여 하층계급이 더 적게 물리적

입증되었다고 결론지을 수 있을 것이다. 예컨대, 10대 청소년 범죄조직원의 비행은 다른 범죄조직원보다 높은 지위가 보장되거나 명성을 얻는 등 즉각적인 보상을 주게 된다. 만약 그의 부모가 이를 알았다면 그 부모는 그 소년을 심하게 벌줄 것이다. 따라서 그는 벌을 받으면서도 보상을 받게 된다. 이러한 연쇄의 결과, 그 비행청소년은 강해져간다. 처벌연구에 따르면, 후속적인 처벌은 이렇게 바람직하지 못한 행동을 더 부추길 뿐이라고 한다.

정신분석학자들은 어떤 사람들은 처벌받고 싶어하는 욕구가 대단히 강하여 이러한 욕구를 충족시키기 위해서 범죄를 범한다고 주장한다. 제2장에서 보았듯이 실제로 고전주의적 정신분석학자들은 인간은 모두 처벌받고자 하는 충동을 가지고 있다고 말했다. 일부 정신분석학자들은 중류계층이 하류계층보다 더 많은 행동들을 벌하고 있다고 주장한다. 왜냐하면 性의 억압이 중류계층에게는 매우 중요하기 때문이다. 그러나 이것은 아마도 이러한 이론이 주장된 수년 전에는 그랬을지도 모르겠으나, 오늘날에는 이 이론이 분명히 의심받고 있다.[6] 또한 이것은 중류계층이 더 많이 범죄자가 되어야 한다는 가설로 이끌 수 있다. 왜냐하면 중류계층은 더 많이 죄책감을 느끼기 때문에 더 많은 형벌이 필요하기 때문이다. 그러나 중류계층은, 앞으로 살펴보는 바와 같이, 벌을 받기보다는 벌을 주는 데에 더 죄책감을 느끼고 있는 것으로 밝혀졌다.

다른 정신분석학자들은, 어떤 사람들은 처벌을 자신의 목적에 맞게 이용할 수 있는 능력이 있다는 점을 지적하고 있다. 프리츠 레들(Fritz Redl) 교수는 자신이 연구한 많은 공격적 비행자들이 모든 수단과 방

형벌을 받는다고 하는 연구도 있다. 실제로 Erlanger, "Social Class and Corporal Punishment in Child Rearing"에서는 이러한 차이가 실제로 있는지에 대하여 의문을 품고 있다. 그럼에도 불구하고 이 두 계층 사이에는 차이가 있다. 즉 중류계층은 설득, 격려, 해명 등을 더 많이 사용하는 반면, 하류계층은 이러한 접근방법에 대하여 더 부정적이다. 어랭어는 하류의 흑인계층이 더 많이 물리적인 처벌을 사용한다는 사실을 확인했다.

6) 예컨대, Wilhelm Reich, *The Mass Psychology of Fascism* 참조. 라이히(Reich)는 하류계층이 형벌에 가장 민감하고 가장 잘 억압된다고 보았다. 그러나 변화가 진행되고 있다. 하류계층은 여전히 전통적인 성도덕을 지키는 반면, 중류계층은 상당히 더 자유분방해지고 있다. 그것은 성관계가 '의미가 있고', '사랑'을 포함하고 있다는 생각 때문이다.

법을 이용하여 두목을 속여 자신에게 벌을 내리도록 속인다는 것을 발견했다.[7] 형벌은 벌받는 자에게 처벌기제로서 유용할 수 있다. 특히 처벌자가 벌을 집행하는 데 죄책감을 느끼고 그것이 물리적 형벌일 때 그렇다. 이에 대하여는 나중에 레들 교수의 처벌기법을 논할 때 더 살펴보기로 하자.

모든 가능한 행동유형, 처벌에 대한 반응 그리고 그것이 범죄와 겹치는 것을 두루 살펴보기 위하여는 또다른 책을 써야 할 만큼의 분량이 필요할 것이고, 이렇게 간단히 살펴볼 수 있는 영역을 넘는 것이다. 우리는 신장과 체중, 지능, 고통에 대한 반응 그리고 다른 많은 속성에 따라 개인차가 있다는 것을 알고 있으므로 처벌에 대한 반응 역시 다양한 차이가 있다는 것을 언급하는 정도로 만족해야 할 것이다. 그러한 사람들이 사회제도에 두루 걸쳐 퍼져 있다는 것은 확실히 의심스럽다. 어찌 되었든 농구선수는 비정상적으로 키가 큰 법이다. 왜 재범자가 비정상적으로 범죄지향적이면 안되는가?

여기서 정책적인 결론을 내리지 않으면 안될 것이다. 한 집단으로서 하층의 젊은 흑인남성이 형벌에 의하여 거의 억제되지 않는다는 것이 분명해진 만큼, 공리주의 원칙에서는 이 집단을 목표집단으로 설정할 것이다. 이 집단에 대하여는 특별히 처벌의 확실성을 높이고, 형벌의 위협과 그 적용을 알려야 할 것이다. 이것이 차별일까? 마지막 章에서 우리는 이 문제를 좀더 상세히 살펴보고, 바라건대 그에 대한 해결도 찾아보도록 하자.

벌주는 자

우리는 모두 벌주는 사람들이다. 이 세상에 어린이와 동물이 존재하는 한, 항상 벌을 주려고 하는 자는 있는 법이다. 부모, 교사, 공장장, 경영자 등등은 언제라도 이들 밑에 있는 자들을 벌할 권리가 있다. 다른 어느 것보다도 처벌을 효율적으로 하느냐 않느냐가 이들을

7) F. Redl, *Children Who Hate* (Glencoe, Ill. : The Free Press, 1951).

'좋은' 부모, 교사 또는 경영자로 만들기도, 혹은 '나쁜' 부모, 교사, 경영자로 만든다. 따라서 처벌은 우리 모두에게 가깝게 존재하고, 우리는 우리 생각과 생각에 따른 감정을 분리하기가 어렵다는 것을 알고 있다.

가장 중요한 것은, 우리는 모두 벌을 받는 쪽에만 있었기 때문에 처벌을 하는 과정과 그것이 발생하는 상황의 거의 보편적인 독재적 성질을 분리하기가 어렵다. 이것은 유명한 밀그램(Milgram)의 실험에서 분명히 잘 나타났다.[8] 이 연구에서 밀그램은 다양한 피실험자들을 이용해서 아주 맹랑한 실험을 했다. 즉 피실험자들에게 마치 그들이 특수한 기억법을 배우고 있는 것처럼 속여 전기충격을 준 것이다. 피실험자가 대답을 잘못할 때마다(네 개마다 세 개가 그러하도록 미리 조절해 두었다) 실험자는 피실험자들에게 전기충격을 주었다. 그러자 피실험자들은 소리지르고 허공에다 발길질을 하는 횟수가 증가했다. 발전기에는 '가벼운 충격'에서부터 '위험한 심한 충격'에까지 입력되어 있었다. 40명의 피실험자 가운데 오직 14명만이 극단적인 충격 이상으로 충격이 가해질 때에는 명령에 따르기를 거부했다. 26명은 위험한 수준을 넘어 극단적인 충격에까지 이르렀다. 그 충격은 매우 심한 것이었기 때문에 실험자가 피실험자의 비명소리를 들을 수 있었던 것은 물론이다.

밀그램의 연구에서는 여러가지 다른 결론을 이끌 수 있다. 밀그램은 얻어진 결과들이 기대하지 못한 것이었고, 밀그램의 동료는 물론 조사된 일단의 대학생들은 대다수의 피실험자들이 훨씬 더 빨리 복종하기를 거부할 것이라고 예측했다고 주장했다. 그러나 우리가 서양형벌사에 대하여 알고 있는 것으로부터 판단해 보면 이것은 결코 놀라운 일이 아니다. 물리적 형벌, 심지어는 엄한 형벌조차도 상위의 권력자들의 명령에 따라 힘이 없는 사람들에게 적용되었다는 것은 너무나도 당연한 일이다. 형벌이 우리 생활의 한 부분이라면 왜 이것이 거부되어야 하는가? 그러므로 밀그램이 언급하지 않은 문제는, 복종에 의하여

8) S. Milgram, "Behavioral Study of Obedience", *Journal of Abnormal and Social Psychology* 67, 4 (1963):371-378 및 S. Milgram, *Obedience to Authority: An Experi-*

그 맹랑한 실험자가 피실험자들을 가차없이 벌하였는가 아니면 물리적 형벌 자체로 인하여 그렇게 되었는가 하는 점이다. 예를 들면 그 맹랑한 실험자는 옷을 벗으라고 명령하고 그들과 성교할 수도 있었겠는가? 아니면 피실험자들이 허용하는 경우 30분간 술을 마시도록 명령하고 '피해자'를 알아보게 할 수 있었겠는가? 그 실험은 많은 질문에 대하여 답하고 있지 않으며, 많은 관점에서 비판되고 있다.[9] 이들 연구에서 이끌어지는 일반적인 결론은 인간은 나약하여 복종적이고, 이것 때문에 나치의 집단수용소와 같은 상황이 발생했다는 것이다. 그러나 밀그램이 연구한 실험에서 많은 사람들은 심각한 스트레스와 긴장의 징조를 보여주고 있다. 밀그램은 그러한 한 사람을 다음과 같이 기술하고 있다.

> 나는 웃으면서 자신만만하게 실험실에 들어온 중년의 균형잡힌 한 사업가를 관찰했다. 그는 20분도 채 안되어 발작을 일으키고 말을 더듬기 시작했으며 급속히 신경쇠약 상태에 빠져 들었다. 그는 계속하여 자기의 귓바퀴를 잡아당기고 손을 비틀었다. 그러자 한순간 그는 자기 주먹을 이마에 대고는, "오, 신이시여, 제발 멈춰 주십시오."라고 중얼거렸다. 그러나 그는 끝까지 실험자의 말에 대꾸했으며 그 말에 따랐다.[10]

이러한 관찰을 해석하자면, 피실험자는 실제로 벌받기를 원하지 않으며, 단지 그렇게 하기로 말을 들었기 때문에 그러는 것이며, 따라서 실험을 하는 동안 상당히 스트레스를 보인다는 것이다. 그러나 우리는 이 책을 통하여 우리는 형벌을 사용하는 것에 대하여 대단히 애증이 교차된 면을 가지고 있으며, 심지어는 형벌을 직접 집행하거나 아니면 적어도 그에 대한 책임을 떠맡기 싫어한다는 것을 보아왔다. 밀그램의 연구에서는 누가 벌을 주고 있는지가 분명했을 뿐만 아니라, 누가 명령을 내리고 벌을 내린 데 대한 책임을 누가 떠맡고 있는지가 분명했다. 따라서 이 실험에 대하여는 피실험자가 피해자를 벌주고 싶어했고 이러한 욕구 때문에 스트레스를 느꼈다고 하는 해석도 가능할 것이다.

---

mental View (New York : Harper & Row, 1974).

9) M. Wenglinsky, "Review Essay", *Contemporary Sociology* 4, 6 (November 1975):613-617.

10) Milgram, "Behavioral Study of Obedience".

그리고 현대사회에서는 바람직하지 않은 행동을 억압하기 위하여 실제로 모든 형벌이 형벌독점적인 구조하에서 행해지고 있기 때문에 실험에서 제공된 형벌독점적인 구조는 피실험자가 벌을 내리는 것을 증진시켜 준 완벽한 것이었다.

그러므로 그 결과는 그리 놀라운 것이 아니다. 그러나 그 결과는 중요하다. 왜냐하면 그 실험은 전체 제도의 형벌독점적인 상황에 가까운 상황을 만들어주었기 때문이다. 실제로 이 실험 결과들의 많은 것들은 짐바도(Zimbardo)의 유명한 실험에서도 입증되었다.[11] 짐바도는 대학생들을 가짜로 만든 '모조교도소'에 집어넣고, '평범한' 학생들에게 교도관 역할을 맡게 했을 때 그들이 갑자기 가혹한 전제적이고 징벌적인 태도로 돌변하는 것을 발견했다. 우리는 이 실험결과에 대하여도 놀래서는 안된다. 형벌은 인간의 역사에 새겨져 있어 인간의 성격에 깊이 각인되어 있다. 적절한 형벌을 독점적으로 행사할 수 있는 전제적 상황이 주어진다면, '평범한' 사람일지라도 처벌을 내릴 것이라고 기대할 수 있다. 위의 두 실험에서 보았듯이 피실험자들은 반은 가상적이고 반은 실제적인 상황에 놓여졌을 때 특히 그렇게 된다. 따라서 그들은 그들이 노출된 문화의 깊은 심리적 충동에 대처할 수 있는 표면적인 계기를 가지고 있지 않다. 많은 사람들은 분별력을 상실하여 그들이 무엇을 행하고 있는지를 명확히 판단하지 못하는 것 같다.

우리 사회에서 권력체는 어쩔 수 없이 형벌과 관련되어 있다. 사실 우리는 어느 한쪽이 다른 한쪽 없이 존재하는 것이 가능할까 하고 의심하는 단계에까지 이르렀다. 동등한 자 사이에서 발생하는 형벌을 상상할 수 있을까? 이것이 응보적 형벌을 유추한 실험일 것이다. 응보는 우리 사회에서 퇴보되었으므로 공리주의적 형벌에서와 똑같은 방법으로 조사할 수는 없다. 물론 우리 사회가 사회질서를 유지하기 위하여 권위체에 의존하고 있기 때문에 이 점을 이해할 수 있다. 응보에 대한 연구는 반드시 형벌에 대하여 상호거래하는 것에 눈을 돌려야 할 것이다.[12] 이 분야에서 가장 통찰력있는 연구가 아동의 도덕적 판단에 대

11) P. Zimbardo, "Pathology of Punishment", Trans-Action 9 (1972):4-8.
12) "유죄답변협상"(plea bargaining)은 응보적 형벌을 유추한 것이 아니다. 왜

하여 연구한 스위스의 위대한 심리학자 장 삐아제(Jean Piaget)에 의하여 행해졌다. 그는 권위체인 부모에게 맹목적으로 복종하는 것이 어린 아이들이 배운 처벌에 대한 첫번째 정당성이고, 이 정당성이 나중에 자신을 벌하는 형제 또는 친구들에게도 적용된다고 하는 것을 입증했다. 삐아제는 아동의 사회생활의 기본적 구조에서 처벌의 협력적인 모델이 뒤따른다고 주장했다. 아이들의 사회생활의 기본구조에서는 각 어린이들이 다른 아이들이 주는 벌을 상호적인 것으로 간주하거나 아니면 '상호존중'을 근거로 정당화된다고 본다. 이러한 식으로 아이들의 게임은 진행되고 규칙이 준수된다. 즉,

> (의무에 반하는) 좋은 것이며 자율적인 상호존중의 윤리는 정의의 영역에서 평등으로까지 발전되는데, 이것이 바로 분배적 정의와 상호성의 기저에 있는 사상이다.[13)]

분배적 정의에 대한 피상적인 이론은 차치하고 - 이에 대하여는 다음 章에서 상세히 살펴볼 것이다 -, 삐아제 역시 매우 광범위한 가설 - 즉 아이들 사이의 사회관계구조가 '평등한 자'로 구성된다는 - 을 내세웠다. 혹자는 이것을 몹시 의심할 것이다. 왜냐하면 갱에 대한 연구에서는 갱들이 지위에 있어서 매우 구조적이라고 밝혀졌기 때문이다. 이러한 상황에서 '상호존중'은 지위 또는 신체적 용감성에 대한 존중을 의미할 것이다. 혹자는 개념상 형제 사이의 처벌은 각 형제가 다른 형제에 대한 권위에 의해서 지배될 것이라고 주장할지도 모른다(예컨대, 나이가 많거나 키 큰 자가 나이어린 자 또는 키 작은 자의 경우와 같이). 그러나 부모가 가족 내에서 지위할당에 대한 모든 통제권을 행사하기 때문에 부모는 '자연적인' 서열을 쉽게 무시하고 다른 기준, 예컨대, 지능이나 학교에서의 우수한 성적, 아름다움 등등의 다른 기준에 의해 지위를 할당할 것이다. 이러한 상황에서 형제들 사이의 처벌기능은 상호존중보다는 지위를 추구하는 것이 될 것이라고 볼 수 있다.

냐하면 이것은 동등한 권력을 가진 자 사이에 행해지는 것이 아니기 때문이다. 중세 초기에 결투하는 양 당사자가 상호교환적인 처벌을 주고받았다는 점을 상기해야 할 것이다. 이에 대하여는 제6장 참조.

13) J. Piaget, *Moral Judgment of Child*, trans. Marjorie Gabain (New York : The Free Press, 1965), p.324.

그렇지만 아이들이 규칙에 의해 '동등해지는' 아이들의 게임에서 삐아제는 실제로 처벌이 상호성 또는 상호존중을 근거로 하여 아이들 사이에서 정당화된다는 것을 입증했다. 그가 아이들 사이에서 존재하는 상호처벌을 발견한 것은 다음 章에서 보는 바와 같이 처벌의 진보적 이론에 매우 중요하다.

우리는 우선 아마도 우리 모두가 우리들보다 힘이 없는 자를 처벌하고 싶은 욕망을 가지고 있지만, 또한 이와 더불어 그렇게 원하는 데 대하여 심한 죄책감도 함께 가지고 있다고 결론을 내려도 좋을 것이다. 더욱이 잘못이 행해지는 상황에서는 처벌을 사용할 수밖에 없는 제3의 힘(상호성)이 있는 것 같다 - 물론 많은 사람들은 이에 대하여 죄책감을 느낄 것이다. 예컨대, 공격적인 아동을 처우하는 데 있어서 레들 교수는 비징벌적인 방법을 사용하는 것으로 유명한 전문치료가일지라도 처벌기법을 사용하지 않을 경우 죄책감을 느낀다고 보고하고 있다.[14] 결론을 내리자면, 처벌자의 직접적인 책임이 분명하지 않은 완전히 전제적인 상황은 일반인들도 고문자가 될 수 있는 가장 좋은 상황을 제공해 준다는 것이다.

어찌 되었든 내가 기술한 실험들은 단기간 지속된 실험들이었다. 이러한 조건들이 실생활 속에서 오랫동안 지속된다면 어떻게 될까? 교도관, 형집행자, 그리고 고문자들에 대하여 우리는 무엇을 알고 있는가? 불행하게도 이들에 대하여 우리가 알고 있는 것은 거의 없을 뿐만 아니라, 알고 있는 것조차도 신비 속에 묻혀 있다.

사형집행관 : 영국의 교수형집행자

영국의 역사를 통해 볼 때 사형집행자가 되는 사람의 이야기와 이에 대한 믿음은 그 자체로서 흥미로운 이야기거리를 만들어주고 있으며, 분명히 어떤 것들은 당연히 위대한 성격을 가지고 있다.[15] 1616년 그

14) F. Redl, *The Aggressive Child* (New York : Basic Books, 1963), pp.472-487.
15) H. Bleackely, *The Hangmen of England* (London: Chapman and Hall, 1929) 참조.

레고리 브랜든(Gregory Brandon)이라는 자가 에섹스 영주(the Lord of Essex)를 처형한 유명한 데릭(Derrick)의 뒤를 이었는데, 떠도는 얘기에 의하면 그는 문장이 박힌 갑옷을 하사받았다고 한다. 그 날로부터 그는 '기사' 칭호를 받았으며 그 이후 사형집행관에게는 작위가 수여되었다. 브랜든의 아들인 리차드 브랜든(Richard Brandon)은 "소년 시절부터 개와 고양이의 목을 베어 그 직을 승계받을 자격을 갖추었다"고 한다.[16] 그에게는 로웬(Lowen)과 에드워드 던(Edward Dun)이라는 사람이 항상 수행하고 다녔는데, 그는 크롬웰의 시체를 부관참시한 것으로 훈장을 받았다.

1663년 9월 11일 영국의 모든 사형집행관 가운데 가장 유명한 잭 켓취(Jack Ketch)는 공직에 취임하여 1686년까지 그 직에 있었다. 그가 그 자리에서 '통치'했을 때 그는 수없이 많은 사람들의 목을 베거나 교수형 또는 화형에 처했지만, 두 번의 유명한 처형에서는 서투른 솜씨를 보이기도 했다 - 바로 1683년의 러셀 卿(Lord Russell)과 1685년의 몬마우스 公爵(the Duke of Monmouth)의 처형이었는데, 이때 그는 목을 베기 위하여 몇 번이나 내리쳤다고 한다. 그는 모든 사람들로부터 미움을 받는 잔인하고 냉혹한 인간이었다고 한다. 그 이후 그의 이름은 '사형집행관'과 동의어로 사용되어 그는 후세의 사형집행관들에게 나쁜 이름을 세습시킨 셈이 되었다.

그 다음으로 유명한 사형집행관은 존 프라이스(John Price)로서 그는 1714년부터 다음 해까지 그 직에 있었다. 그 직에 오르자마자 그는 분수에 맞지 않는 생활을 영위하여 결국 7실링을 훔친 죄로 체포되고 말았다. 이 일로 해서 그는 사형집행관직을 상실했고, 그의 생은 추락하고 말았다. 그는 술주정뱅이가 되었고, 결국은 엘리자베스 화이트(Elizabeth White)를 살해한 죄로 체포되어 유죄판결을 받고 교수형에 처해졌다. 그의 처형은 수많은 군중들의 열화 같은 성원 속에서 바로 그가 범죄를 범한 바로 그 장소에서 집행되었다. 그의 직을 승계한 사람은 대장장이인 윌리암 마벨(William Marvell)이었다. 힘이 센 마벨은 왕권을 노린 자들의 목을 베는 역할을 했는데, 한 명을 처형하는데

16) *Ibid.*, p.26.

봉급외에 3파운드를 더 받았지만 상부에서 주문한 요구가 너무 고되어 결국 몸이 상한 채 병이 들고 말았다. 그는 여자와 술에 탐닉했다. 결국 그를 체포하라는 영장이 발부되어 사형을 집행하러 타이번에 가는 도중에 체포되었다. 군중들은 그에게 돌을 던졌으며 그는 무자비하게 맞았다. 사형집행이 거행될 수 없게 되자 군중들의 분노가 폭발했다. 그는 의무해태로 그 직에서 추방되었고 결국 방랑자가 되었다. 마침내 불행한 마벨은 10장의 비단 손수건을 훔친 죄로 체포되어 식민지 미국으로 유배되었다.

두 명의 유명한 사형집행관이 더 있다. 바로 뱅크스(Banks)와 아네트(Arnet)가 그들인데,[17] 이들은 영국의 가장 유명한 범죄자인 잭 쉐퍼드(Jack Sheppard)와 조나단 와일드(Jonathan Wilde)를 처형한 사람들이다. 그 다음으로 등장한 사형집행관은 웃기게 생긴 존 후퍼(John Hooper, 1728-1735)였는데, 그는 아주 못생긴 인물이었다고 한다.[18] 그의 뒤를 이어 1735년 존 트리프트(John Thrift)가 그 직을 승계했는데, 그는 무려 17년 동안이나 사형집행관의 직에 있었다. 트리프트는 "역대 사형집행관 중에서 가장 정중한 사형집행관"이었다고 한다. 그러나 불행하게도 1735년 3월 11일 그의 첫 사형집행식에서 그는 13명의 범죄자들을 한꺼번에 처형하라는 명령을 받고 흥분하여 범죄자의 머리에 모자를 씌우는 것도 잊어버렸다. 이 일로 해서 그는 징계를 받았다. 그의 두번째 실수는 토마스 레이놀즈(Thomas Reynolds)를 교수형에 처할 때 발생했는데, 처형된 레이놀즈가 관뚜껑에 밀쳐져 앉아 있게 되었던 것이 아닌가! 침착한 트리프트는 다시 자리를 잡고 그를 교수형에 처했으나 흥분한 군중들은 분노를 터뜨려 그를 마구 때리기 시작했다. 그는 자기 일에 충실했을 따름인데 말이다!

1745년 자코뱅의 난(the Jacobite rebellion)이 발생했을 때 트리프트는 아주 끔찍한 일을 맡게 되었다. 1746년 7월 30일 그는 9명의 시민을 효수하여 사지를 절단하도록 명을 받았다. 역겨운 일이었지만 그는 묵묵히 자기 일을 해냈으며, 일을 마치자 군중들을 향하여 "神이시

17) *Ibid.*, p.55.
18) *Ibid.*

어, 조지 국왕(King George)을 보호하소서"라고 큰소리로 말했다. 점차 트리프트는 풀이 죽어 발메리노 卿(Lord Balmerino)과 찰스 래드클리프를 처형할 때는 잘 드는 칼을 가지고도 그들의 목을 단숨에 베지 못했다. 그러자 런던에 있던 모든 자코뱅당원들이 그를 미워하기 시작했다. 결국 1750년 3월 저녁 6시 세인트 가일 교회(St. Gile's Church)에서 집으로 돌아갈 때 "이봐, 잭 캣취"라고 소리치는 군중들에 의해서 매를 맞았다. 그는 곧장 집으로 돌아와 단도를 들고 복수하고자 하여 길 한가운데서 한 사람을 죽였다. 이를 본 구경꾼들은 트리프트가 저지른 짓이라고 주장했다. 그는 유죄판결을 받았으나 형이 유예되었다. 그는 결국 사면되었고(왜냐하면 그가 죽인 자는 어찌되었든 자코뱅당원이므로) 다시 사형집행관직을 가질 수 있었다. 그러나 그 일은 그가 감당하기에는 너무 벅찬 일이었기 때문에 병이 들어 죽고 말았다. 군중들은 그의 관에 대하여조차 공격하였다.

"모든 이들 가운데 가장 위대한 자"라고 칭송받던 토마스 터리스(Thomas Turlis)가 1752년 사형집행관의 직에 올랐다. 터리스는 정말로 강한 사람이었음에 틀림없다. 그는 사람들로부터 공격을 당하기도 했고, 부당하게 대우를 받기도 했으며, 욕을 먹기도 했다. 그러나 그는 묵묵히 자기 일만을 했다. 그가 재직했던 시절은 매우 격동기였다는 점을 기억해야 할 것이다. 당시에 윌크스가 의회에 반대하는 운동을 벌인 때였던 것이다. 터리스는 미친 퍼러스 卿(Lord Ferrers)을 처형하기도 했는데, 퍼러스 卿은 처형당할 때 터리스가 아닌 그의 보조형집행관에게 돈을 주어 눈길을 끌었다 - 당시 관습은 사형집행관에게 돈을 집어주는 것이었다. 그러자 두 사람은 사이에 난투극이 벌어졌다. 얼마나 보기 흉한 모습이었을까!

다음에는 에드워드 데니스(Edward Dennis)가 사형집행관직에 올랐는데, 그는 "가끔씩 어리석은 일을 저질러 그 직에 있어 최고의 자리에 오르지 못했다"고 한다.[19] 윌리암 도드 목사(the Reverend William Dodd)를 처형한 사람이 바로 데니스였는데, 그의 처형은 공개처형을 반대하는 운동이 전개되어 큰 사회문제가 된 때 행해졌다. 소문에 의

19) *Ibid.*, p.114.

하면 데니스는 도드의 추종자들로부터 돈을 받고 교수형을 집행할 때 빨리 몸을 떨어뜨리고 다리를 잡아주어 도드가 나중에 다시 살아날 수 있었다고 한다. 그러나 이런 시도는 물거품이 되었다. 고든 폭동(the Gordon riots)도 바로 이 시기에 발생했다. 데니스는 우연히 어느 상점을 지나다가 폭도들로부터 약탈을 당하고 그들 틈에 끼게 되었다. 그는 체포되어 유죄판결을 받고 사형을 선고받았다. 그는 판사 앞에 엎드려 "나는 죄가 없습니다. 어쩔 수 없이 그랬던 겁니다."[20] 라고 울부짖었다. 그러나 正義는 그렇게 부드럽지 않았다. "많은 사람들의 목을 벤 자는 자기 자신의 목도 매달아야 한다"고 법은 준엄하게 선고하였던 것이다. 그러나 그는 사면을 받게 되었고, 다시 '폭도들의 목을 매달 수' 있었다. 우리는 다시 한번 질서라는 正義가 상호성의 正義보다 위에 지배하는 것을 볼 수 있다.

데니스의 뒤를 이어 그의 보조집행관이었던 윌리암 브룬스킬(William Brunskill)이 1786년 사형집행관 자리에 올랐다. 그러나 이 시기는 사형집행관에게는 그리 좋은 시절은 아니었다. 왜냐하면 사형집행의 수가 줄어들었고 많은 범죄자들이 유배형을 선고받았기 때문이다. 그 다음에는 랭그리(Langley)가 1814년에, 또 그 다음에는 제임스 보팅(James Botting)이 1817년에 사형집행관직에 올랐다. 보팅의 위대한 업적으로 꼽을 수 있는 것은 1820년 3월 1일 카도街의 갱(the Cato Street gang)을 처형한 것이다.[21] 보팅과 그 뒤를 이었던 제임스 폭슨(James Foxen)은 송장먹는 귀신이라는 별명이 붙어 있다. 다음과 같은 얘기가 전해져 오고 있다. 폭슨에게 여러 가지 부탁을 한 적이 있는 한 市의 청부업자가 자기 자신을 처형할 용기가 있냐고 물었다. 폭슨은 다음과 같이 대답했다. "선생님, 누군가가 그 일을 해야 합니다. 그렇다면 왜 나는 안되는지요? 저는 다른 누구보다도 더 편안하게 처형하는 법을 알고 있습니다."[22]

그 뒤를 이어 토마스 체셔(Thomas Cheshire)가 그 직에 올랐는데, 사람들은 그를 보고 한결같이 "더 이상 좋은 인간성을 가진 사람이 없

20) *Ibid.*, p.127.
21) *Ibid.*, p.190.
22) *Ibid.*, p.196.

었다"고 말했다. 그는 '날카로운 눈매'에 '도둑고양이처럼 움켜쥐는 손톱'을 가지고 있었다고 한다. 그러나 체셔는 싸구려 술집에서 깡패들과 어울려 술을 마시며 지냈다. 윌리암 칼크래프트(William Calcraft)가 1829년 사형집행관직을 맡아 1874년까지 임무를 수행했다. 다른 사람들보다도 더 오래 그 일을 했던 것이다. 다른 형집행관들과는 달리 칼크래프트는 '단순하고 친절한 사람'이었다. 그러나 수년전 교수대에서 '떨어뜨리는 기구'가 도입되었지만 그는 매우 짧은 도구만을 사용하기를 고집하여 교수형을 당하는 자는 여전히 심한 목졸림을 당해야만 했다. 마침내 오랜 경력 끝에 그는 1879년에 죽었고, 그 뒤를 이어 곧 윌리암 마우드(William Marwood)가 사형집행관이 되었다. 당시에 유행하였던 우스개소리가 하나 있다.

> "만약 아빠가 엄마를 죽인다면, 누가 아빠를 죽일까?"
> "그야 물론 마우드지."

칼크래프드와 마찬가지로 (신을 두려워 하며 좋은 남편이었던) 마우드 역시 자기 일을 잘 수행하여 상당한 존경을 받았다. 실제로 그는 전임자들에 대하여 다음과 같이 애기하는 것을 좋아했다고 한다. "그도 그들[범죄자]을 죽였고, 나도 그들을 죽인다."[23]

떨어지는 도구의 길이를 계산하는 법을 고안한 사람이 바로 마우드였다. 이것으로 인하여 교수형을 당하는 자는 목이 졸려 죽기보다는 부러져 금방 죽게 되었다. 마우드는 도구를 현대화시킨 마지막 위대한 사형집행관이었던 것이다.

고문자들

프란츠 파논 박사(Dr. Frantz Fanon)는 알제리가 프랑스로부터 독립운동을 하던 당시에 죄수들을 고문했던 경찰과 경감들이 정신질환을 앓은 예가 많다고 기술하고 있다. 고문하는 자의 입장에서는 고문하는

23) *Ibid.*, p.231.

사람의 고통이 고문받는 사람만큼 크거나 심지어는 더 크다고 한다. 유럽의 28살 먹은 한 경감은 매우 심하게 우울증을 앓아 밤에는 환청으로 들리는 비명소리를 피하기 위해 귀에다 솜을 막을 정도였다고 하면서 자신의 고통을 다음과 같이 호소하였다.

> … 그들은 자신들이 곧 죽게 될 것이라고 생각했지요. 그러나 우리는 그들을 죽이는 데에는 관심이 없습니다. 우리가 원하는 것은 정보뿐이지요. 끈질긴 놈들을 만날 때면 우리는 의례 제일 먼저 그들을 협박했습니다. 바로 우리는 그 일을 했습니다. 이미 승리는 따논 당상이지요. 나중에 우리는 방에 들어갑니다. 우리가 그 일 하는 것을 좋아하지 않는다는 점을 알아주기 바랍니다. 그러나 그들은 우리 일에 협조하지 않습니다. 이제는 집에 있을 때에도 그들의 비명소리를 듣는 것 같습니다. 특히 경찰관서에서 죽은 놈들의 비명소리가 말입니다. 의사선생님, 저는 이제 이 일에 진저리가 납니다. 나를 치료해주시려면 제발 프랑스로 보내주십시오. 만약 그렇지 않다면 저는 사직할 겁니다. …
>
> … 가끔씩 우리는 그들에게 다음과 같이 말해주고 싶었지요. "만약 너희들이 우리를 조금만 생각해 준다면 몇 시간씩 정보 하나하나를 얻기 위하여 너희들을 쥐어짜지 않도록 해 다오." 그러나 소귀에 경읽기지요. 우리가 아무리 물어보아도 그들은 그저 "나는 모르오"라고 답할 뿐이지요. 심지어는 이름이 뭐냐고 물어도 그렇게 대답한답니다. 어디 사느냐고 물어도 "나는 모르오"라고 대답하지요. 물론 우리는 그것을 감당해야만 합니다. 그러나 그들은 비명을 질러대지요. 처음에 나는 그것을 듣고 웃었습니다. 그러나 나중에는 나를 미치게 했지요. 지금은 어떤 사람이 소리를 지르면 질문이 어느 단계까지 갔는지를 정확히 알 수 있을 정도지요. 주먹으로 두어 대 얻어맞고 귀 뒤에 곤봉으로 맞아 멍이 든 녀석은 소리를 지르면서도 자기는 죄가 없다고 말했지요. 그 놈은 두 시간 동안 팔목이 뒤틀린 뒤에 다른 목소리를 냈습니다. 물을 끼얹은 뒤에 또 다시 계속 그랬던 겁니다. 그러나 무엇보다도 전기충격을 준 뒤에는 비명소리가 더 커졌지요. 전기충격을 주자 그 놈은 곧 죽어 갔습니다. 물론 비명을 지르지 않는 놈도 있습니다. 정말 독한 놈들이지요.[24)]

우리는 여기서 밀그램의 실험 한 장면을 본다. 곧 처벌자가 더 이상 참지 못하게 되는 상황 말이다. 파논은 전혀 협조를 해 주지 않은 어떤 범죄자에 대하여 위와 비슷한 불평을 늘어놓은 다른 유럽의 한 경

24) F. Fanon, *The Wretched of the Earth* (New York : The Grove Press, 1968), p.265.

감 이야기를 다음과 같이 전하고 있다.

> 우리가 가지고 있는 문제는 다음과 같습니다. 즉 우리가 과연 그 놈의 입을 열 수 있을까? 그것은 개인적인 성공의 문제이지요. 아시다시피, 우리는 다른 사람들과 경쟁하고 있습니다. 결국에는 주먹이 다 망가져 버릴 겁니다.… 때때로 나는 한 번에 10시간 동안 고문을 하기도 합니다.… 그것이 얼마나 힘든 일인지 알지 못할 겁니다.[25]

이 사람이 가지고 있는 문제는 모든 사소한 좌절감정을 폭력적인 공격으로 해결하려는 참을 수 없는 충동을 방전시키기 시작했다는 점이다. 정신치료의사인 파논에게 급히 도움을 청하려고 했던 사건은 그가 갑자기 자기 아내와 아이들을 묶어 놓고 구타하고 있는 자신을 발견했을 때였다. 그는 이전에는 자상하고 이해심 많은 남편이자 아버지였는데 말이다. 정신치료의사에게 도움을 청한 결과 그는 양심에 가책을 받지 않고 알제리인들을 계속 고문할 수 있었다. 파논은 이러한 요구에 어떻게 응했는지에 대하여는 일언반구의 말이 없다. 그러나 파논은 이러한 안정상태를 만드는 데 도움이 되는 것은 그 사형집행관이 새들을 사랑하고 교향곡을 듣기를 좋아하는 보편적인 이미지의 특징이 있는 고유하고 완전한 새디즘을 발전시키는 것을 단순히 도와줄 뿐이라고 했다. 즉 사형집행관은 형집행관으로서의 자신의 역할을 다른 자신의 인격과 분리하는 법을 배웠던 것이다.

칼크래프트와 마우드에 대한 묘사는 아마도 분업이 점점 더 명확하게 된 복잡한 사회에서 그들이 행할 수 있는 것을 암시해 주고 있다. 그러나 칼크래프트 이전에 우리가 교수형집행자에 대하여 묘사한 것은 야비한 인간들로서 그들 가운데 많은 자들은 파논의 환자처럼 자신이 하는 일에 대하여 심리적인 스트레스를 받지 않은 자들이다. 이제 우리는 왜 많은 사형집행관들이 스스로를 교수대의 다른 한 쪽 밧줄에서 운명을 달리 했는지 이해할 수 있을 것이다.

다른 사람들을 처벌하는 직업을 가진 사람들을 새디스트라고 결론지을 수 있을까? 혹은 그보다는 덜하더라도 형벌을 내리는 직업을 갖게

---

25) *Ibid.*

되는 사람이 나중에 그 직업의 결과로 새디스트가 된다고 결론지을 수 있을까?

교도관은 새디스트인가?

교도관에 관한 많지 않은 연구들을 주의깊게 분석해 보면 교도관들이 그 직업을 선택했거나 혹은 그 직업을 가진 수년 후에도 다른 일반인들과 마찬가지로 새디스트나 인종차별주의자가 되지 않는다는 것을 알 수 있다. 호킨스 교수(Professor Hawkins)는 교도소에 관한 자신의 뛰어난 논문에서 다음과 같이 밝히고 있다. 즉, "진실은 … 교도관들이 대체로 평범한 선과 악을 가진 보통사람이라는 것이다."[26] 사실 그들은 위기에 대처하거나 수형자들의 행동을 '설명하는' 일정한 방법들을 개발한다.[27] 이러한 행동방법들은 완고하거나 정형적이라고 부를 수도 있지만, 그것이 새디스트적인 것은 아니다. 만약 그렇다고 한다면, 교도관들이 기본적으로 성격구조상 '외부에 있는' 사람과 전혀 다르지 않는다는 것이 사실이라면(물론 사회계층, 연령, 성 등은 불변한다고 가정하는 경우) 왜 아티카(Attica, 1970년 미국 뉴욕주의 아티카 감옥에서 발생한 폭동으로 진압 도중 약 200여명이 죽은 사건 - 역자 註)와 같은 사건들이 심심치 않게 발생하겠는가? 그에 대한 대답은 교도관들도 '보통사람'이기 때문에 그들도 폭력에 빠질 수 있다는 것이다 - 상황에 따라서는 도발이 있을 수도 있고 없을 수도 있다. 왜 그럴까? 이에 답하기 위해서는 다시 한번 정신분석자들의 의견에 귀를 기울이고 역사의 시초로 되돌아가 보아야 한다.

제2장에서 나는 최초의 진정한 의미에서의 폭력행위는 '부족장'이 살해되었을 때라고 주장한 바 있다. 초인간적인 지배행위가 있은 후 인간은 살해를 했기 때문에 지극히 복종적이게 되었다. 죽음은 복종의 의식을 자연세계와 사회질서의 세계로 환원시키는 데 영겁의 시간이

---

26) Hawkins, *Prison*, p.106.
27) H. E. Barnes and N. Teeters, *New Horizons in Criminology* (Eaglewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1943)은 이것의 한 측면을 '자물쇠 정신병'이라고 불렀다.

걸렸다. 그 후 인간은 사회질서를 대체할 수 있는 통찰력을 발전시켰고, 때때로 강인한 지배행위(혁명)로 봉기했지만 노예와 같은 굴종의 상태로 전락해 버리기 일쑤였다. 처음에 프로이트는 부친살해의 근거는 性的인 것이라고 주장했는데, 그에 따라 그는 공격과 새디즘의 특성형태를 오로지 性的인 것으로만 간주했다. 그러나 나중에 그의 저서인 ≪문명과 그 불만자 *Civilization and Its Discontents*≫에서는 리비도와 공격의 개념이 생물학적인 성과 분리되어 문화적 요소인 생명의 건설자 에로스(Eros)와 파괴자인 타나토스(Thanatos)가 되었다. 에리히 프롬(Erich Fromm)은 이러한 생각을 스스로를 죽이고 파괴하는 無性的 새디스트(asexual sadist)인 屍姦者(necrophiliac)를 묘사하는 데까지 확대했다. 히틀러가 바로 이러한 성격의 대표적인 사람이다. 그러나 그렇게 극단적인 경우를 생각하게 된다면 실생활에서 벌을 주는 대부분의 많은 사람들로부터 벗어나게 될 것이고, 그것은 곧 히틀러의 압제하에 있던 사람들을 포함하게 된다. 히틀러는 완전한 파괴를 위한 욕망에서 파괴를 저질렀다. 그러나 이것이 그가 전통적인 의미에서의 처벌을 사용하지 않았다고 하는 것은 아니다. 실제로 그는 한 부류의 대상집단을 교묘하게 설정하여 가장 가혹한 처벌을 내렸다. 그러나 이것은 단순히 대중들을 처벌 속에 직접 포함시키기 위하여 그들을 동원한 수단에 불과했다.

늘 항상 그렇듯이 처벌을 운영하는 것은 복종하는 자들에게 닥쳐왔다. 프롬이나 베틀하임(Bettleheim)[28]의 연구에서 분명히 드러나는 것처럼 이러한 파괴적인 처벌명령에 저항하지 못하는 자들은 사회질서에 대한 확신과 가치를 분명히 발전시키지 못한 자들이다. 예컨대, 나치의 집단수용소에 수용되어 있던 일부 중류계층의 유대인들은 스스로 공격을 하는 자가 되었다. 라이히가 명석하게 분석한 바와 같이,[29] 집단수용소 밖에서는 중류계층의 개신교 독일인들이 쉽게 나치에 넘어갔다. 그것은 전적으로 이해할 만하다. 지배와 복종을 향한 깊은 애증관계 때문에 우리는 역사 초기 이래 중류계층의 사람들 - 사회에서의

---

28) E. Fromm, *The Anatomy of Human Destructiveness* (New York : Holt, Rinehart and Winston, 1973).
29) Reich, *The Mass Psychology of Fascism.*

중류계층, 교도소의 교도관, 은행의 계원, 학교의 교사, 정신병원의 보호관, 순찰중인 경찰관, 공장의 공장장 등 - 이 처벌을 사용하는 데 있어서 가장 큰 딜레마에 직면하고 있는 자들이라고 생각해 왔다. 그들은 우리 문화의 양면성, 즉 처벌을 해야 하고 처벌을 받아야 하는 것을 반영하고 있다. 사회질서가 이러한 중류계층을 유지할 수 없는 위치에 두었을 때 - 예컨대 경찰관으로 하여금 알제리인들을 하루에 몇 시간씩 고문하도록 명령하거나 아니면 북부 뉴욕 출신의 젊고 경험 없는 교도관을 스스로 정치범이라고 생각하는 많은 '분노하고, 겁이 없으며, 공격적인 수형자들'을 감시하도록 하는 것 등(이것은 아티카의 비극에서와 같은 상황이다)[30] - 구시대 문화의 해결책에 의존하는 것도 놀라운 일이 아니다. 따라서 탄넨바움(Tannenbaum)은 "교도관들의 심리를 이해하는 핵심은 권위의 행사와 그에 따라 발생하는 잔혹성의 향락이다"[31]라고 말했다. 탄넨바움은 다소 정확하지 못한 점이 있다. 교도관들은 단지 불분명한 권위체일 뿐이다. 이에 대하여 사이크스(G. M. Sykes)는 다음과 같이 제시한 바 있다. 즉, "결코 잔혹한 폭군으로 변하지 않는 교도관들은 수형자들과 잘 지내도록 강한 압력을 받고 있다. 왜냐하면 그들이 스스로 매수됨으로써만 그들의 지배를 계속할 수 있다는 것은 패러독스이기 때문이다."[32] 이러한 두 개의 관찰을 모두 유효한 것으로 받아들일 정당한 이유가 있다. 왜냐하면 처벌의 사용과 그것이 사회질서와 가지는 관계에 대하여 모든 사람들 속에 깊은 양면성이 있다면(예컨대, 지배와 복종의 계속적인 체계), 어떤 사람은 교도소의 상황, 더 중요하게는, 그가 직면하고 있는 수형자의 상황에 따라 어느 쪽으로도 나갈 수 있다. 지배자와 피지배자 사이의 깊은 상호의존성은 물론 사회학에서 이미 입증된 사실이다.[33] 그것이 바로 아래에서 살펴볼 처벌자와 피처벌자와의 관계에도 적용된다.

30) Hawkins, *The Prison*, p.95.
31) F. Tannenbaum, *Wall Shadows : A Study in American Prisons* (New York : Putnam, 1922).
32) G. M. Sykes, *The Society of Captives* (Princeton, N.J. : Princeton University Press, 1958).
33) M. Weber, *Theory of Social and Economic Organizatio*n, ed. T. Parsons (Glencoe, Ill. : The Free Press, 1966); G. Simmel, *The Sociology of George Simmel*, trans. K. Wolff (Glencoe, Ill. : The Free Press, 1950).

벌주는 자와 벌받는 자의 관계

형사사법에서 이 문제에 관하여 조사된 연구가 매우 적다는 것은 믿을 수 없을 정도이다. 이 문제에 관한 연구 가운데 내가 알고 있는 유일한 것은 레들 교수가 연구한 것인데, 그는 파격적으로 형사사법의 범위 안에서 자신의 연구를 행했다.

아동에 대하여 연구한 프릿츠 레들의 연구는 처벌에 새로운 관점을 불러 넣었다. 즉 그는 처벌이 아동의 행동을 간섭하고 영향을 주는 17가지 - 혹은 그 이상의 - 방법 가운데 하나라고 주장한 것이다. 그는 여기서 처벌을 다음과 같이 사용했다. 즉 처벌이란 "어른들이 아동의 이익을 위하여 불쾌한 경험을 하게 함으로써 한 아동의 행동이나 이미 성장한 아동집단에게 영향을 미치게 하는 고통스러운 시도이다."[34] 고문하는 자나 고문당하는 자에게 피할 수 없는 오직 한 가지 방법만을 고수하고 있는 고문자와는 대조적으로 레들의 자아심리의 중심적 양상은 처벌을 사용하는 데 있어서 도피구는 처벌하는 자나 처벌받는 자에게 모두 발생할 지도 모르는 우연한 사건이어야 한다는 것이다.

레들이 발전시킨 접근방법은, 처벌이 바람직하지 않은 행동에 대처하는 전략으로서 보장되는 (형벌원칙에 따른 것이 아니라 레들의 개념정의에 따른 것이다) 모든 상황을 주의깊게 분석하는 문제가 되었다. 이것은 정신분석학적인 의미에서 아동에 대하여 상세한 지식을 가질 것을 요한다. 즉 완벽한 사례연구와 아동의 '마음'을 깊이 이해하는 것 - 자아와 초자아의 기능 - 은 아동의 계속적인 행동을 면밀히 관찰하는 것에 기반을 두어야 하는 것이다. 다른 말로 한다면, 지혜의 전쟁으로까지 발전하는 것이다.

처벌이 성공하기 위하여는 다음과 같은 점들이 필요하다고 레들은 권고하고 있다. 즉,

1. 아동이 확실히 불유쾌한 것을 경험하도록 하라. 그가 지적하는 바와 같이 어떤 아이들은 혼자 방에 남아있는 것을 좋아

34) F. Redl, "Framework of our Discussions on Punishment", unpublished paper, 1976, p.12.

할 수 있다. 수음이라도 할 수 있으니까 말이다.

2. 처벌에 대한 평범한 반응은 분노이므로 처벌을 선택하고 적용할 때에는 주위의 환경을 적절히 고려해야 한다. 무엇보다도 처벌받는 자가 처벌받는 것을 '당연하게' 생각할지라도 처벌받는 자가 처벌받을 때 분노하는 것에 대하여 놀래서는 안된다.
3. 아이들이 느끼는 불쾌감이 생기는 근원(즉 처벌을 하는 성인)과 그 실질적 원인(아동의 잘못)이 아동에게 명백하게 전해져야 한다.
4. 위의 3항에 성공한다면 아동은 자신이 잘못한 행위에 대하여 성을 낼 것이다. 이것으로 '후회'할 수도 있고 '새로운 전기'를 마련할 수도 있을 것이다.
5. 비슷한 종류의 유혹이 장래에 생길 경우 아동은 이러한 경험을 살펴 처벌받지 않도록 회피할 것이다.

레들은 또한 일부 아동들 - '증오하는 아이들', 즉 대단히 공격적인 성향을 가진 아동 - 에게는 어떤 종류의 처벌도 소용이 없고 오히려 그것을 자신에게 이익이 되도록 하는 경우도 있다는 것을 세심하게 지적하고 있다. 위에서 방금 말한 과정은 매우 복잡한 인지과정을 간단하게 설명한 것이고, 레들은 인지기능에서 매우 공격적인 아동이 매우 심각하게 혼란을 일으킨다는 것을 발견했다. 따라서 그러한 아동은 위의 3항에서 기술한 자신이 처한 곤경의 근원과 그 원인을 구분할 수 없다. 그들은 자신이 경험한 것을 유익하게 사용할 수 없는 것이다. 실제로 그들은 이 세상이 자신들을 받아주지 않고 차별한다는 자신들의 세계관을 더 강화하기 위하여 그러한 경험을 왜곡할 수도 있다. 그들은 할 수만 있다면 잠재적인 처벌자로 하여금 '정당하지 않은 처벌'로 쉽게 왜곡할 수 있는 어떤 것을 가혹하게 행하도록 조작할 것이다.[35] 이러한 아동들에 대하여 처벌은 '한계적 통제기법'이거나 나중 단계에서 부가적인 '현실상기'를 위하여 사용되는 기법이지, 교정을 위한 기법은 아니다.[36]

35) 이러한 일들은 1960년대 이피 운동(the Yippie movement, 히피族보다 정치성향이 더 짙은 반체제 젊은이들의 운동 - 역자 註)으로 상당한 성공을 거둔 바 있다. 이에 대하여는 J. Rubin, *Do it!* (New York : Simon & Schuster, 1970) 참조.

36) Redl, *Aggresive Child*, p.475.

처벌하는 자와 처벌받는 자 사이의 관계에 대하여 유능한 이론가들이 행한 많은 연구들이 있다. 이 연구들은 아동에 관한 것이다. 이를 처음 관찰하면 적어도 표면상으로는 이러한 접근방법에 모순이 있는 것으로 생각할 수도 있다. 왜냐하면 일반화의 원칙에 따라 처벌받는 아이들을 배척하게 하거나 처벌을 하는 자에 대하여 두려움을 주게 만들 수 있기 때문이다. 이것을 뒷받침하는 몇 가지 증거가 있지만,[37] 일반적으로는 그렇지 않은 것 같다. 실제로 반대의 경우를 암시해 주는 실험들도 있으며, 최소한 엄격한 처벌이 아이들에 대하여 처벌하는 성인에 과도하게 의존하고 있다는 것을 암시해 주는 실험들도 있다.[38] 행태학자들은 막 태어난 어린 거위나 다른 동물들은 태어나자마자 만나게 되는 객체, 예컨대, 실험자와 같은 객체에 대하여 강한 애착을 가지는 '각인'(imprinting) 능력이 강하다는 것을 발견했다.

실험실에서의 연구나 현장연구에서 행해진 대부분의 연구들은 부모와 자녀 사이에 원만한 관계가 유지되면 모든 유형의 처벌의 효과가 증진된다고 제시하고 있다. 왜냐하면 처벌의 효율성을 저해하는 두 가지 요소가 바로 처벌 그 자체와 애정의 박탈이기 때문이다.[39]

결론적으로 말하자면, 교도관, 교사, 부모 등과 같이 처벌의 일선에서 있는 자들에게는 처벌하는 바로 그 순간에 '처벌원칙'을 적용하려는 것이 아무런 성과가 없을 수 있다는 것이다. 처벌은 오히려 처벌하는 자와 처벌받는 자가 서로의 행동을 통제하는 데 사용하는 비장의 무기와 같은 도구가 된다. 예컨대, 비행자와 관련된 사회심리적 전략요인을 고려하지 않은 채 복잡한 구조 속에서 응보형벌을 적용하려 하는 것은 - 예컨대, 구금시설에 수용된 비행청소년처럼 - 혼란만을 초래할 뿐이다. 처벌받는 자는 곧바로 처벌하는 자를 통제하게 될 것이다. 이것은 예정된 방법이 아니다.

형벌원칙은 어떻게 효율적인 처벌자가 되는 것을 우리에게 말해주지

37) R. D. Parke, "Some Effects of Punishment on Children's Behavior", in *The Young Child*, ed. W. W. Hartup (Washington, D.C. : Nat. Assoc. for Educ. Young Child., 1972), Vol.II, p.280.
38) *Ibid.*
39) Sears, Whiting, Nowlis, and Sears, "Some Chid Rearing Antedecents of Aggression".

않는다. 과학적인 형벌이 그것을 말해준다. 그 대신 형벌원칙은 어떻게 형벌을 도덕적으로 사용하는가를 말해주며, 이러한 원칙의 도덕성은 경험적인 근거에 바탕을 두고 있다.

제13장 형벌의 正義(와 은총)

제13장 형벌의 正義(와 은총)

형벌의 진화

형벌은 무시무시한 처벌과 '수용할 수 있는' 처벌의 형태로부터 오늘날의 매우 협소한 범위의 처벌에까지 점진적으로 진화되어 왔다. 범죄자에 대한 신체적인 손상을 포함하는 형벌의 사용은 엄격하게 제한되어 왔다. 군중들이 모인 가운데 조소와 조롱을 퍼붓는 형벌에 더 이상 호소하지 않았다. 사형은 100년전과 비교해 본다면 거의 없는 것이나 다름없다. 교도소의 물리적, 그리고 정신적 조건은 역사상 어떤 때보다 훨씬 더 좋아졌다.

이것은 진정한 진보인가 아니면 단순한 환상일 뿐인가? 흔히 교도소에 더 많은 사람이 복역하고 있기 때문에 오늘날에는 형벌이 더 많이 부과되었다고도 한다. 그러면 심리적인 형벌은 어떠할까? 그에 대한 대답은 역사상 이전의 시기, 특히 감옥을 주된 형벌로서 사용했던 스페인의 규문주의 종교재판이 한창일 시기와 비교해 보아도 교도소에 더 많은 사람이 있다고 하는 것은 결코 분명치 않다는 것이다. 이것은 또한 갤리선이나 노예 또는 추방에 처해진 수많은 사람들을 고려한 것도 아니다. 오늘날 심리적 처벌은 분명히 훨씬 더 적어졌다. 공개처형에서의 조소와 비웃음, 회개, 그리고 종교재판제도의 심리적 스트레스를 포함한 형벌은 분명히 심리적인 고문에 가까운 가장 가혹한 심리적 형벌이었다.

진보는 이미 진행되었다. 문제는 그 질을 평가하는 것이다. 예를 들면, 과도한 신체적인 형벌을 배척하거나, 좀더 정확하게 말하면, 이를 억압하는 것은 절대적인 것이어서 우리는 이를 不義라고 몰고 간다. 어떤 범죄에 대하여 범법자를 채찍으로 때리는 형벌은 이제 가능하지도 않고 생각할 수도 없다. 그러나 이것이 범죄자를 교도소에 몇 년간 집어넣어 가족까지도 간접적으로 처벌하는 것보다 더 나을 수도 있다.

이 경우 교도소를 더 선호하는 것을 옹호하기가 힘들어진다. 심지어는 아동에게 합법적으로 체벌을 가하면서도 범죄자에게 체벌을 가하는 것이 허용되지 않는 것은 이상하기까지 하다. 과연 이것이 옳은 것인가?

이러한 문제에 대하여 답을 내리는 것은 세 가지 상호관련적인 판단에 따라 달라진다. 즉 그것은 형벌진화에 대한 평가, 문명이 취해 온 방향에 대한 판단, 그리고 질서의 근본적인 개념에 대한 도덕적 분석을 요한다. 다음에서 나는 다소 엉성한 정신분석학적 관점을 이용하여 이것들을 판단해 보려 한다. 나는 내가 기반을 둔 이론의 측면들이 매우 관조적이고 많은 사람들에 의하여 비판을 받아온 것을 알면서도 정신분석방법을 채택했다.[1] 그러나 그것은 어느 누구도 알지 못하는 문명의 진정한 '기원'이라기보다는 도덕이론을 가시적으로 유추하게 해준다. 다른 어떤 이론 이상으로 정신분석은 우리 문명의 근저에 자리잡고 있는 역설적인 성질을 가장 잘 부각시켜 준다. 그래서 내가 원초적 범죄를 말했을 때, 사실이 아닌 신화에 대하여 언급했던 것이다. 또 '범죄'라는 용어를 사용했을 때 나는 그것을 법적 또는 범죄학적인 용어로서가 아니라 가장 폭넓고 대중적인 의미로 사용했다. 한 가지 덧붙여야 할 것은 내가 도달한 사회학적인 결론, 특히 질서의 성질에 관한 결론의 많은 것들은 상당히 다른 관점을 사용하여 도달할 수도 있을 것이다.[2]

1) 대부분 인류학자들이 행한 비판에 대하여는 이미 제2장에서 살펴보았다. 특히 제2장의 註 2, 3, 4를 참조하기 바란다.
2) 실제로 다렌도르프(Dahrendorf)는 불평등과 사회질서의 정의를 분석할 때 독특한 결론에 이르렀고, 그가 한 분석은 매우 엄격한 사회학적 분석이었다. 루소에 대한 유명한 칸트의 답변에 동의하면서(불평등은 악한 많은 것에서도 기인하지만, 좋은 모든 것에서도 기인된다) 다렌도르프는 완전하게 평등한 사회는 역사상 존재하지 않는 사회일 것이라고 주장했다. 즉, "사회적으로 불평등이 존재한다는 것은 자유를 추구하는 원동력이 된다. 왜냐하면 그것이 사회를 계속하여 움직이게 만들고 역사를 질적으로 향상시키기 때문이다. …" R. Dahrendorf, *Essays in the Theory of Society* (Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1968), pp.151-178.

복종과 질서의 기원

복종은 범죄에서 비롯되었다. 이러한 관찰은 프로이트의 가장 심오한 통찰력 가운데 하나였지만 또한 가장 역설적이기도 하다. 이 책에서 나는 원초적 범죄에 대한 프로이트의 해석을 수없이 자주 반복했을 것이다. 그러나 원초적 범죄가 정치적이고 사회적인 질서를 창조했다는 의미에서 그것이 순수한 정치적 행위였기 때문에 이것을 아무리 강조해도 그리 지나치지는 않을 것이다. 그것은 권위라는 개념을 낳게 함으로써 정치적인 질서를 창조했다. 왜냐하면 사람들은 지도자의 권리를 규칙을 집행하는 것으로 인식했고, 그에 따라 폭동이 일어나기 전에 존재하는 물리적인 힘에 반항하기보다는 복종하게 되었기 때문이다. 이러한 분석이 역설적이라는 것은 분명하다. 왜냐하면 정치적 질서를 창조한 것이 바로 폭동이기 때문이다. 범죄나 가족, 노예, 군대, 종교 등 인생의 주요한 측면에 있어서 일차적인 처벌기능은 복종을 유지하는 것이었다는 점은 그리 놀라운 일이 아니다. 실제로 이러한 규칙에 대한 가장 잘 알려진 예외가 바로 정치질서가 붕괴되었을 때였다. 예컨대, 중세시대 잠시 동안 결투가 행해졌듯이 말이다.

중요한 문제는 왜 지속적으로 처벌해야만 질서가 유지되는가 하는 점이다. 프로이트는 이에 대하여 억압(repression)이라는 개념을 사용했는데, 이것은 심리학자들이 무시하는 정치적인 내용을 암시하고 있다. 이 억압의 개념에는 형벌과 정치질서에 대한 두 가지 중요한 측면이 있다. 첫째, 그것은 죄책감에 대처하는 방법이고, 이를 원시시대의 상황에 맞게 재해석하자면 아비를 죽인 죄를 '땅에 묻어 잊어버리는' 것이다. 우리는 모든 복잡한 사회가 혼돈 속으로 해체되지 않게 하는 양상인 정치적 질서가 범죄에서 생겨났다는 것을 잊는 경향이 있다. 억압의 두번째 양상은 사실 우리는 어떤 것도 '잊을 수' 없다는 점이다. 과거의 비행은 무의식 속에 억압되어 그곳에 영원히 머문다. 과거의 모든 행위는 이와 동시에 존재한다. 우리는 자신의 과거 행위에 대하여 죄책감으로 가득 찬 거대한 무의식의 꼭대기에 앉아있는 20세기 인간의 모습을 그려볼 수 있다. 이 모든 사람을 모으면, 죄책감을 느

끼고 억압된 사람들로 구성된 사회를 만들 수 있다. 이 사람들과 부족으로 돌아간 그 조상들을 함께 모으면, 바로 죄책감의 문화, 억압 위에 지어진 문화를 가지게 된다.

그러나 혹자는 만약 모든 사람이 죄책감으로 가득 차 있다면 이것만으로도 자발적인 또는 '마음에서 우러나온' 굴종을 확보할 수 있지 않을까 하고 물을 수도 있다. 사실 이것은 대체로 사실일 수 있지만, 결코 확실하지는 않다. 권위는 그러한 기회를 주지 않는다. 왜냐하면 우리는 봉기하려는 충동이 그저 내심의 생각뿐이라는 것을 알고 있기 때문이다. 우리는 그것을 그저 마음속에 밀어 넣어 억압할 뿐이다.

더 나아가 동물과 비교해서 인간은 실존을 뛰어넘어 생각하고 따라서 주어진 정치질서를 뛰어넘어 생각한다고 하는 견해도 있다.[3] 그러나 이것은 대체로 위대한 사상가의 초인적인 노력을 요구한다. 그러나 우리는 역사상의 많은 혁명에 비추어 볼 때 이것이 행해질 수 있다는 것을 알고 있다. 그것은 '단순한' 것처럼 보이지만 매우 복잡한 것이다. 남아프리카의 유명한 소설 ≪사랑하는 조국의 절규 *Cry the Beloved Country*≫의 작가 앨런 페이튼(Alan Paton)은 CBS와의 뉴스 인터뷰에서,[4] 남아프리카의 소수백인들은 흑인들이 "너희 백인들은 이제 우리들에게 이런 짓을 못할 거다. 우리들은 더 이상 참지 않을 것이다."라고 말하는 날이면 백인사회는 멸망의 날에 접어들 것이라고 말했다. 즉 복종이 흑인들의 가장 큰 압제자의 역할을 했던 것이다. 이것은 압제에 대한 경제적인 기반을 부정하는 것이 아니고 단지 '흑인들이 원한다면' 내일이라도, 아니 몇 년전에 이미 들고 일어나 정권을 탈취할 수 있다는 것을 보여주는 것이다. 물론 이것은 '집단적인' 행동을 필요로 하며, 정치이념도 중요할 것이다.

이제 형벌이 정치질서의 유지에 행하는 직접적인 역할에 대하여 살펴보기로 하자. 형벌은 과거의 비행으로 인하여 점점 더 죄책감이 쌓여져 가는 것을 분명히 해 주는 것은 물론, 권력을 쥐고 있는 자와 예속된 자 사이의 차별도 확실하게 해 준다. 권위는 형벌로써 자신을 보

---

3) 제2장 참조.
4) 1977년 3월.

여준다. 그러나 이것은 좀더 분명히 해 두어야 할 필요가 있다. 왜냐하면 프로이트에 의할 때 범죄가 발생하기 전에 부족은 단순한 전제적인 폭정상태였다는 것이다. 즉 프로이트는 단 한 사람의 폭군이 물리적인 힘 또는 폭력을 사용하여 질서를 유지했다는 것을 의미했다. 이러한 주장은 범해진 범죄가 물리적인 힘에 직접 기인한 것이 아니라 어느 정도의 집단적 합의에 기반을 둔 질서를 창조했다고 한다. 여기에 문제의 핵심이 있다. 원초적 범죄가 있기 이전의 순수한 폭정상태는 다수의 '동등한 자'가 있었던 질서, 즉 각 개인이 개별적으로 지도자에 의하여 통제되는 그러한 질서였다는 것이다. 그들은 물리적인 폭력이라는 한 부분에서만 차별받았다는 의미에서 동등했다. 집단적인 행위는 그러한 차별화의 영역을 전복하고 다른 것을 도입했다. 즉 권력구조를 분산시켜 씨족과 가족제도를 만든 것이다. 이 때 씨족과 가족 내에서는 지도자(아버지)의 폭정이 다시 도입되었다. 그가 그 집단에서는 가장 힘이 셌기 때문이다. 순수한 폭정상태는 이제 더 이상 가족 내에서 필요하지 않게 되었다. 왜냐하면 이제 아버지는 자기 마음대로 권위를 누릴 수 있게 되었기 때문이다. 사람들은 물리적인 처벌의 보복을 두려워하기보다는 논리적인 근거에 따라 복종했다. 사회질서가 탄생한 것이다.

사회질서와 불평등의 기원

사회질서는 정치적 성과가 나뉘어지면서 생겨났다. 사회질서는 권위에 의해서 뒷받침되었고 지금도 그렇다. 그러나 이것은 또한 권위 개념의 일부이다. 왜냐하면 질서는 물리적(폭력과 같이)이라기보다는 심리적이기 때문이다. 그것은 원초적 범죄가 있기 이전에도 그랬다. 따라서 사회질서는 사회적이고 정치적인 불평등을 낳는다. 왜냐하면 그것의 근본적인 요소가 권위의 불평등한 분배에 기반을 둔 사회적 차별이기 때문이다. 원초적 범죄에 의하여 생겨난 '위계질서'는 이러한 의미에서 '이차적인 질서', '인위적인 질서'이다. 이는 순수한 폭력으로

만들어진 원초적 질서와 대비된다. 이제 우리는 제레미 벤담이 형벌을 인위적인 것이라고 언급했던 의미를 알게 되었다. 이제 우리는 그가 공동체사회를 가공적인 것으로 언급한 의미를 알게 되었다. 사회질서는 인간에 의하여 생겨난 사회의 사회적 구조 속에 존재하는 차별이다. 그것은 먼저 집단적인 폭력의 거친 행동에서 비롯되었고, 나중에는 무서운 범죄를 범한 것으로부터 생겨난 인간의 마음 속에 있는 죄책감으로부터 다양화되었다. 사회질서의 기원에 대한 이러한 해석상의 가장 큰 아이러니는 평등을 추구하는 집단행동에 의하여 그것이 초래되었다는 점이다. 그러나 그것은 더 큰 불평등을 초래했다. 지도자와 오합지졸의 백성들 사이의 큰 간격 대신 사회질서는 그 간격을 메워주는 매우 복잡한 사회조직을 도입했다. 따라서 구조화된 불평등은 권위의 기초가 되었다. 권위는 만약 우리가 가장 원시적인 형태의 질서, 즉 폭정으로 돌아가지 않는다면, 불평등없이 존재할 수 없다. 실제로 현대사회에도 이러한 형태의 질서에 수많은 '억압'이 있어 왔다. 예를 들면, 히틀러의 독일이 그러한 예다. 당시 독일에서는 총통과 국민들 사이의 간격이 너무나도 컸기 때문에 국민들은 모두 평등하게 조국의 아들들이었던 것이다.[5]

요컨대, 나는 질서가 범죄행위에 의하여 만들어졌고, 질서는 구조적인 불평등 없이는 존재할 수 없다고 주장하는 바이다. 질서와 권위는 형벌에 의하여 유지되어야 한다. 그렇지 않으면 우리가 역사상 보아온 무수히 많은 혁명과 전쟁보다도 더 많은 혁명과 전쟁을 보게 될 것이다. 백성이 봉기하는 것을 막고 끔찍한 범죄를 재차 다시 범하지 않도록 예방하는 처벌과정에 밀접하게 따라붙어 다니는 것이 바로 심리적 억압이다.

만약 범죄가 질서를 만들어냈다고 한다면 범죄에 따른 형벌은 그 범죄를 어느 정도 반영할 것이고, 그렇게 함으로써 질서를 결정하게 된다. 따라서 우리는 형벌이 사회의 개인에게 분배되는 것은 당연히 기본적으로 구조적인 사회의 불평등과 정치질서를 반영할 것이라는 사실

5) Reich, *The Mass Psychology of Fascism;* W. C. Langer, *Mind of Adolf Hitler* (New York : Basic Books, 1972) 참조.

을 크게 받아들여야만 할 것이다. 그러므로 만약 형벌의 분배가 공정하지 못하다는 것을 입증하려 한다면, 구조적인 불평등이 공정하지 않다는 것을 입증해야 한다. 그러나 이것은 다음과 같은 사실들이 준비되어 있지 않다면 실천하기가 매우 어려울 것이다. 즉, (1) 사회질서의 유지를 이차적인 중요성을 가진 것으로 치부하거나, 아니면 (2) 권위의 불평등이 질서에 있어서 본질적이라고 가정한 나의 기본가설에 동의하지 않거나 말이다. 두번째 점에 반대하는 주장은 유토피아적인 생각을 가진 무정부주의자의 주장이거나 이상주의적인 맑스주의자의 주장이며, 그것은 동경에 사로잡힌 생각으로 치부될 것이다.[6]

사회질서를 이차적인 지위에 두는 첫번째 가능성을 생각해 보기로 하자. 이것이 형벌에 관한 논쟁과 가장 관련이 있는 것으로 판명되었기 때문이다. 공리주의자들, 특히 억제와 예방 그리고 사회방위를 통해 이를 실현하려는 공리주의자들은 사회질서의 유지를 그들의 첫번째 관심사로 간주한다. 따라서 그들에게는 형벌의 주요한 정당성, 즉 사회질서의 도덕성을 제시하는 것이 중요하다. 이에 반하여 응보론자들은 그들의 주된 관심사가 처벌되는 행위 그 자체의 도덕성과 관련이 있다고 주장한다. 이것은 도덕성의 문제를 사회질서의 도덕성 문제와 분리시킬지도 모른다. 이 때 우리가 할 일은 두 개의 도덕성을 모두 조사해 보는 것이다. 즉 공리주의자들이 주장하는 사회질서의 도덕성과 응보론자들이 주장하는 도덕질서[7] - 더 좋은 표현이 없기 때문에 이렇게 표현하기로 한다 - 의 도덕성에 대해서 말이다.

사회질서의 도덕성

나는 사회질서가 범죄행위에 의하여 만들어졌다고 주장했다. 이에 따르면 사회질서는 범죄의 소산이기 때문에 반드시 부도덕해야 할 것

6) 예컨대, Kropotkin, *Mutual Aid* ; Marquis de Sade, *The Complete Marquis De Sade*, trans. Paul Gillette (Los Angeles : Holloway House, 1966) 참조.
7) 사회적 · 정치적 · 도덕적 질서의 구분에 대하여는 N. G. Runciman, *Relative Deprivation and Social Justice* (Boston : Routledge & Kegan Paul), pp.36-52.

이다. 물론 이러한 주장이 면밀히 조사된 것은 아니다. 왜냐하면 범죄의 실행이 매우 '유익한' 이익을 가져다 주는 경우가 있다는 것을 생각해 볼 수 있기 때문이다(예컨대, 불치의 병 때문에 자살을 감행하는 극심한 고통에 빠진 사람을 돕거나, 아돌프 히틀러 같은 이를 죽이는 일 따위). 어떤 경우이든 우리는 범죄, 특히 끔찍한 범죄의 실행은 얻을 만한 가치가 있는 것이라는 점을 입증해야만 할 것이다. 지금까지 나는 범죄가 구조적인 불평등한 사회를 낳는다고 주장했다. 혁명이 투쟁하는 것은 바로 이러한 내재적인 불평등인데 이것은 보통 평등주의적 이데올로기의 형태를 근거로 하고 있다.

그러나 사회가 점차 세속화됨에 따라 사회이론가들은 사회에 유익한 것이 인간에게도 유익하다는 견해를 지향하는 경향이 있는 것 같다. 아마도 이러한 결정적인 실수는 에밀 뒤르껭(Emile Durkheim)에 의하여 가장 먼저 행해진 것 같다. 그는 사회를 분석하면서 도덕적인 분노, 집단적인 감정, 그리고 사회의 도덕성을 강화하는 형벌의 메카니즘을 인정했던 것이다. 이러한 분석에 따라 빠지게 되는 함정은 부도덕한 사회질서, 예컨대, 구소련이나 히틀러의 독일, 아니면 아디 아민(Idi Amin)의 우간다, 그것도 아니면 미국과 같은 부도덕한 사회질서가 있다는 분명한 사실을 인정하지 않는 것이다 - 이 모든 것은 그 사회의 도덕성에 따라 달라질 것이다.

어떤 근거로 이들 사회가 '부도덕'하다고 판단할 수 있을까? 이 문제를 해결하는 방법은 단 한 가지이고, 그것은 문명의 진보를 평가해야 하는 역사와 진화에 유념하는 것이다. 그렇게 함으로써 심리적 억압 개념을 다시 돌아보아야 한다. 이러한 개념을 사용함으로써만 인류의 모든 심리적 진보가 발생했다는 것을 입증할 수 있다. 또 그 이론에 좀더 충실한다면 우리는 '물질적인' 진보 - 인간의 과학, 기술, 산업 등 - 는, 프로이트가 말한 바와 같이, 승화의 산물일지라도, 그 산물이 승화된 것이기 때문에 그 자체가 자동적으로 나쁜 것은 아니라고 할 수 있다. 사실 억압의 과정, 승화의 전제조건이 '나쁘다'는 것을 입증할 수 있다면 그것이 '나쁜' 것이라고 입증할 수 있을 것이다. 오늘날 그것은 나쁘다거나 적어도 "나쁜 것에 거의 가깝다"고 주장하는

것이 일반적이다.[8] 그러나 혹자는 다른 방법도 쉽게 주장할 수 있을 것이다. 특히 역사를 통한 억압의 주요한 기능이 폭력을 억압해 온 것이었기 때문이다. 이에 대하여 우리가 지불한 대가는 매우 높을 것이라고 생각한다. 바로 복종의 대가였기 때문이다. 그러나 소득도 엄청나게 많았다.

억압이 기여한 주요한 기능은 인간이 상징적인 사상을 현실적인 행동으로 바꿀 수 있는 문명화된 능력을 향상시켰다는 점이다. 이러한 능력은 식인풍습을 잘 분석한 엘리 사강(Eli Sagan)이 잘 예시해 주었다.[9] 사강 교수는 식인풍습이 있었던 서구 문명의 다양한 문화와 초기 부족의 예를 수집했다. 대부분의 경우 인간의 육신은 모든 음식물 가운데 가장 훌륭하고 맛있는 것으로 간주되었다. 인간의 고기를 탐한 사람이나 문화의 예가 수도 없이 많다. 인간의 고기를 원하면서도 왜 지금은 더 이상 그것을 탐하지 않는가?

우리는 이러한 욕구를 억압해 왔고, 이러한 억압은 그러한 욕구를 상징적인 만족으로 승화시킴으로써 더 가능해졌다. 따라서 기독교인들은 성찬시 예수의 살과 피를 나누어 마실 때 그러한 욕구를 상징적으로 만족시킬 수 있는 것이다. 그러나 神의 육신을 먹었던 고대 아즈텍인들은 구체적인 행위에 의하여 그러한 욕구를 만족시켰다. 사강은 기독교인의 행위나 아즈텍인의 행위를 모두 동일한 것으로 보았던 인류학자 머독(Murdock)을 비판하면서 다음과 같이 기술하고 있다. 즉,

> 원시적인 공격적 욕구에 만족하는 기독인들의 생각은 아즈텍인들의 생각과는 전혀 다른 것이다. 아즈텍인들의 식인행위는 '정신적인 경험'이 아니다. 천박한 정신적 경험은 아즈텍 사회의 문명화되지 않은 측면의 하나이다. 아즈텍인들이 문자 그대로 기독교인들이 상징적으로 행한 것을 행한 것은 사실이지만, 문화가 형성되고 문명이 기초하는 것은 바로 상징성과 승화를

---

8) 노만 브라운(Norman Brown)과 같은 정신분석학자들은 억압이 어느 정도는 본질적으로 나쁘다고 주장한다. 브라운은 억압을 통한 죽음을 부정함으로써 문명이 생명을 죽음으로 바꾸었다고 주장했다. 나의 견해로는 진화의 도덕성은 억압을 인정함으로써 생명을 인정할 것을 요한다고 본다. 만약 억압이 없었다면 인류는 스스로 자멸했거나 아니면 오래 전에 자연에 의하여 전멸되었을 것이다.

9) Eli Sagan, *Cannibalism : Human Aggression and Cultural Form* (New York : Harper & Row, 1974).

> 할 수 있는 능력에 기초하는 것이다. 기독교인과 아즈텍인의 심리적 감정의 유사성을 지적하는 것은 매우 중요하지만, 그러한 상징적인 행위를 동일시하는 것은 잘못이다.[10)]

우리 문명의 도덕성은 이 예에서 충분히 분명하게 나타난다. 이것은 우리의 현재의 문명이 절대적으로 도덕적이라는 것을 말하는 것이 아니라, 우리가 진보되었다는 것을 인정하는 것이다. 또 그것은 문명이 다른 방향을 택한 경우 더 나아졌을 것이라는 것을 의미하는 것도 아니다. 이 모든 것이 의미하는 것은 예전에 비하여 문명이 '도덕적'으로 되었다는 점이다. 따라서 도덕성에 관한 나의 견해는 실용적인 절대주의의 하나이다. 나는 문명의 방향을 우리가 갈 수 없는 곳 이상이라고 간주했다. 그러나 또한 오늘날의 선이 어제의 선과 비교하여 평가될 수 있다는 점에서 이러한 절대적인 것 안에 상대적인 도덕성도 있다.

이러한 이론틀을 사용한다면 사회질서의 일반적인 도덕성을 평가하는 것은 그 사회질서가 원시시대부터 문명화된 시대까지 발전되어 온 정도에 따라 달라질 것이다. 이것을 나의 용어로 표현하자면, (1) 심리적인 수준에서는 억압과 승화가 구체적인 욕구를 만족시키는 데 성공한 정도이며, (2) 사회적인 수준에서는 구조적인 불평등이 폭군과 대중 사이의 간격을 메운 정도라고 할 수 있을 것이다.

우리는 여기서 진보의 관점에서 사회적·정치적 질서의 비교적인 도덕성을 평가할 수 있는 도덕적인 계획이 있다는 것을 볼 수 있다. 그러나 이러한 주장에는 여전히 도덕성이 사회와 함께 비롯된다고 하는 주장이 있다는 점에서 작은 문제가 있다. 프로이트 역시 원초적 범죄를 범죄로 간주하고 다른 경우에는 이것을 부친살해라고 간주했기 때문에 이렇게 주장했다. 물론 그는 이러한 용어를 엄격한 법률용어로 의미한 것은 아닐 것이다. 그러나 그는 원초적 범죄가 무서운 범죄, 즉 불법행위라고 의미했다. 이것이 일반인이 생각하는 범죄의 일반적인 이미지에 가까울 것이다.

프로이트 자신이 언급하지 않은 중대한 문제는, 왜 그러한 행위가

---

10) *Ibid.*

아무런 도덕적 질서가 없었던 원시사회에서 불법이 되었을까 하는 점이다. 억압의 기원에 대한 프로이트의 분석을 유지하자면, 원초적 범죄에 선행하는 도덕질서가 있다고 주장할 수 있을 것이다. 그렇지 않으면 '살인자'가 죄책감을 느낄 아무런 이유가 없는 것이다. 왜냐하면 살인자가 나쁜 어떤 일을 행했다고 느낄 이유가 없기 때문이다. 따라서 우리는 사회질서를 초월하는 도덕성의 근원을 찾아볼 수밖에 없다. 이것이 응보론자의 도덕성이며, 그 근원은 진보된 상호성 법칙이다.

상호성과 도덕질서

우리는 이 책 제2장에서 형벌의 '자연적' 기원을 찾아보려 했다. 거기서 나는 인간과 거칠고 예측할 수 없는 자연 사이의 상호관계로 인하여 인간이 자연에 대처하는 것에서부터 경험한 고통이 생명력을 갖게 되었다고 주장했다. 즉 인간은 발생하는 재앙을 자신의 책임으로 돌렸다. 분명히 사회질서가 발생하기 전에도 잠재적인 죄책감이 존재했을 것이다. 재앙(해악)과 책임 그리고 이러한 해악을 전보해야 할 필요성 사이의 관련성은 원초적 범죄 이전에 이미 성립되었다. 따라서 도덕성은 범죄 이전에 그리고 정치적이나 사회적 질서 이전에 존재했다.[11] 더 중요한 것은 이러한 주장에는 상호성의 개념, 즉 인간과 자연 사이에는 주고 받는 것이 있다는 개념이 들어 있는 것을 볼 수 있다. 이러한 상호성의 성질은 정신생물학적인 것으로 간주될 수 있을 것이다. 왜냐하면 이러한 상호성의 필요성은 인간의 생물성과 인간의 심리를 생기게 하는 자연의 물리적 조건 사이의 상호작용에서 발생하기 때문이다.[12]

11) 이러한 견해를 인정함으로써 제니트(Genet)와 같은 사람이 위협적인 주장을 하는 것으로부터 벗어날 수 있다. 그는 범죄가 도덕성을 만들어냈다고 주장한다. 이것은 제니트의 얄팍한 속임수에 불과하다. 왜냐하면 그는 사회질서와 도덕질서를 동일한 것으로 평가하기 때문이다. 특히 이에 대하여는 그의 연극 ≪발코니 *The Balcony*≫ 참조.

12) Piaget, *The Moral Judgement of the Child* 참조. 나는 여기서 심리적 발달에 관한 삐아제의 상호작용이론을 채택했다. 삐아제는 그가 동물과 환경 사이

만약 우리가 포괄적이라고 할 수 있는 이 생각을 받아들인다면, 도덕성을 사회 이전에 존재하는 것으로 생각할 수 있을 것이다. 즉 그 기원을 인간과 자연 사이의 공허한 공간 속 깊은 어떤 곳에 있는 것으로 생각할 수 있을 것이다. 이것이 원초적 범죄가 진정한 범죄라고 생각한 프로이트의 주장에서 내가 볼 수 있는 유일한 방법이다. 그리고 우리가 그것을 볼 수 있으므로 우리는 그 막대한 중요성도 볼 수 있다. 따라서 도덕성은 사회질서에 기반을 둔 것이 아니라고 할 수 있다.

그러나 상호성 역시 사회질서의 기본적인 특별한 유형이다. 즉, 그것은 동등한 자 사이의 자유로운 교환을 바탕으로 작용하는 것이다. 론 풀러(Lon Fuller) 교수는 그의 ≪법의 도덕성 *The Morality of Law*≫이라는 뛰어난 논문에서 '의무'의 개념은 바로 상호성 원칙에서 유래하는 것이라고 주장했다.[13] 그는 의무를 생기게 하는 상호성의 세 가지 요소를 다음과 같이 기술했다. 즉,

> 1. 의무는 상호적 관계 속에 있는 당사자의 자발적인 동의에 의해서 '만들어진다.'
> 2. "…당사자의 상호적 수행은 어떤 의미에서 가치가 동등해야 한다."[14] 이것이 의미하는 바는 사람은 '1대 1'로 교환하는 것이 아니라는 것이다. 왜냐하면 교환은 교환되는 두 개의 다른 상품이 동등한 가치를 가질 것을 요구하기 때문이다. 따라서 형벌 분야에 있어서도 하나의 범죄와 하나의 범죄를 교환하는 것이 아니라 오히려 형벌이 부가된 범죄를 교환하는 것이며, 그러한 시도는 형벌이 '가치'에 있어서 범죄와 같을 것이 확보되어야 한다. 이것이 반영된 형벌과 응보의 도덕적 기초이다.
> 3. "… 사회 내에서의 관계는 상당히 유동적이므로 당신이 오늘 내게 빚진 의무는 내일 내가 빚질 수 있는 의무이다. …"[12]

이 마지막 것은 매우 어려운 것이고, 아마도 유토피아적인 것일 것이다. 왜냐하면 어떤 사회도 구조적인 불평등을 필요로 하기 때문에

의 계속적인 상호작용을 관찰하면서 생물학자로서 초기에 연구한 자신의 심리발달의 상호작용이론을 발전시켰다.

13) 실제로 풀러가 분석한 상호성의 기능은 삐아제가 분석한 아이들 사이의 상호성과 매우 유사하다. 이에 대하여는 *Ibid.*; L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1964) 참조.

14) *Ibid.*

15) *Ibid.*

그렇게 유연하게 구조화될 수 없기 때문이다. 풀러는 이러한 원칙이 실현될 수 있는 유일한 분야는 공개시장경제라고 말했다. 오늘날 이러한 공개경쟁시장에서조차도 다국적 기업이 성장하는 것을 생각한다면 관련된 당사자가 동등한 지위를 가지고 있다고 주장하기는 어렵다. 나는 이 책 전반을 통하여 범죄, 그리고 모든 형벌시설의 분야에 있어서 상호성은 실질적으로 현실화되지 않았고 또 그렇게 될 수도 없다고 분명히 밝힌 바 있다. 사회는 너무나도 복잡하고, 국가는 완전한 주도권을 가지고 있는 처벌자이다. 이러한 분석으로부터 형벌의 복종모델(국가에 의하여 지지되는)이 훨씬 확대된 역할을 하고 불평등이 사회질서를 희생하여 정치질서 속으로 훨씬 공식화되어 구조화된 사회주의국가에서는 상호성의 원칙이 다시 소생할 가능성이 전혀 없다. 풀러 교수는 - 그 자신이 말한 것처럼 '놀라운' 결론이다 - 자유시장경제, 즉 자본주의하에서만 상호성의 원칙이 소생할 가능성이 있다고 결론지었다. 그러나 국가의 힘이 막강해져 가기 때문에 이른바 자본주의사회에서조차도 형벌분야를 지배하고 있는 상호성의 가능성이 실제로는 존재하지 않는 것이다.

'평등'이 더 많이 발생하면 발생할수록 상호성이 생길 기회가 더 많이 생긴다고 하는 것을 쉽게 알 수 있을 것이다. 그러므로 권위를 분산시킬수록 더 좋다. 이것이 바로 자본주의사회가 왜 이론적으로 사회주의사회보다 '더 자유로운지'에 대한 이유가 될 것이다. 왜냐하면 자본주의사회는 정치적 질서를 더 큰 사회적·경제적 질서의 분야로 다각화시키는 반면, 사회주의사회는 사회질서를 없애버림으로써 권위를 하나의 정치적 질서로 중앙집권화하기 때문이다.[16] 그러한 상황하에서 형벌은 가장 압제적인 형태를 띤다.

이제 우리는 모든 사회의 저변에 깔려 있는 상호성과 복종의 두 가지 도덕성 사이의 긴장을 볼 수 있다. 모든 사회는 도덕적인 사회로서 살아 남아야 한다. 그러나 두 개의 도덕성은 근본적으로 서로 대치되

16) 물론 맑스주의자들은 그것이 반대라고 주장할 것이다 - 즉 국가가 사라지면 남는 것은 정치적 질서가 아닌 사회적 질서라고 말이다. 모든 공산주의 사회의 독재적인 기반은 현실이 맑스주의 이론과는 정반대라는 것을 제시해 주고 있다.

어 있다. 왜냐하면 상호성은 평등을 전제로 하고 있고, 복종은 불평등을 전제로 하고 있기 때문이다.

상호성의 응징적인 형태로서의 응보 원칙은 도덕질서를 인정한다. 공리주의 이론의 응징적인 표현으로서의 복종 원칙은 사회적·정치적 질서를 인정한다. 이 둘은 형벌의 도덕적 정당성에 대하여 두 개의 다른 근원을 제공한다. 예컨대, 살인자를 처벌해야 한다는 부정할 수 없는 정당성은 그것이 오래된 범죄라는 것이고, 오래된 범죄는 항상 상호적으로 처벌되어 왔다. 따라서 살인자를 처벌하지 않는 것은 우리 문화의 도덕적인 기반을 부정하는 것이다. 반대로 살인자에 대한 형벌을 그것이 '사회질서를 유지'하기 때문에 정당화하려 한다면, "그렇다면 당신은 살인에 의하여 생겨난 사회질서를 의미하는 것이냐?" 하는 질문에 답해야 한다. 물론 대답하기 어렵겠지만 "그렇다"고 해야 할 것이다. 그리고 범죄자에 대한 각 형벌은 사회적·정치적 질서를 '재창조'하는 것이라고 하는 대답까지 해야 할 것이다. 그렇게 할 수밖에 도리가 없을 것이다. 왜냐하면 순수한 물리적 폭력에 기반을 둔 구조화된 사회 외에는 다른 대안이 없기 때문이다.

요컨대, 다른 도리없이 범죄가 형벌을 위한 사회적·정치적 필요를 만들어냈다고 인정하는 것이 중요하다. 다른 한편, 탁월한 도덕성은 범죄가 처벌되어야 한다는 것을 절대적으로 필요한 것으로 만든다. 우리는 형벌의 복종모델의 기능과 기원이 살인에 기원을 두기 때문에 썩 마음에 들지 않는다는 것을 볼 수 있고, 그것이 처벌자나 처벌받는 자 모두에게 씁쓸한 입맛을 생기게 하는 것도 그리 놀라운 일이 아니다. 분명히 응보적 도덕성이 가장 순수하고 복종모델이 가지고 있는 잠재적인 위험성을 상쇄할 것이다. 결국 진화적 관점에서 도덕성을 비교해 보면 부도덕성으로 타락할 수 있는 사회질서를 평가할 수 있는 관점을 제시해 준다 - 즉 사회질서가 폭정으로 해체될 가능성이 항상 존재하는 것을 말이다.

불평등과 형벌의 분배

사회질서가 정당하다는 것이 입증될 수 있다면 '사회질서의 옹호'를 형벌의 정당화사유로서 사용할 수 있을 뿐이라는 것이 이제 명백해졌다. 아직도 어떤 사람들은 부도덕한 사회질서에 대한 책임이 있는 형벌의 분배를 유지해서는 안된다고 주장하고 있지만, 우리는 그것을 사회질서의 표현이라고 간주해야 하고 따라서 그것을 도덕적으로 평가하는 것을 회피할 수 없다.[17]

나는 창조된 사회질서가 구조화된 불평등의 하나이고, 이것은 문명의 발전에 있어서 결정적이고 바람직한 단계를 표현한 것이라고 주장해 왔다. 다음 문제는, 그러면 형벌은 각각의 평등하지 않은 지위에 따라 평등하게 아니면 비율을 달리하여 분배되어야 하는가 하는 것이다. 내가 분석한 바에 의하면, 사회질서를 인정하는 형벌은 역시 불평등한 지위를 인정한다는 것이다. 나는 이렇게 말하는 것이 오늘날 충격적인 것이 될 것이라는 것을 알지만, 이것은 나의 분석에 따른 논리적인 결론이다. 그렇지만 이러한 결론은 매우 복잡하다. 그것은 동일한 형벌이 같은 범죄 - 사회질서를 논리적으로 그리고 단순하게 반영한 - 를 저지른 모든 사람들에게 적용되어야 한다는 것을 의미하는가? 사회질서를 진실로 인정하기 원한다면, 다른 신분에 있는 자들보다 더 낮은 신분에 있는 자들을 처벌해야 한다고 주장할 수도 있을 것이다. 게다가 '동일하다'는 것이 무엇을 의미하는지도 분명치 않다. 왜냐하면 부자에게 5불의 벌금은 가난한 사람에게는 매우 큰 것이 될 수도 있기 때문이다.

형벌을 균등하게 할 수 있는 가장 명확한 해결책은 신체형을 사용하는 것이다. 고통을 느끼는 감각이 주관에 따라 달라질 수는 있지만 징역이나 벌금, 보호관찰 기타 등과 같은 것이 주는 '고통'에는 별로 차이가 없기 때문이다. 신체적 고통은 신분적 차이를 뛰어넘는다. 따라서 그것은 더 형벌을 균등하게 할 수 있다. 이러한 유형의 형벌과 -

17) van den Haag, *Punishing Criminals*.

즉 균등하게 만드는 것으로서의 폭력이나 '평등'의 개념으로서의 폭력 - 폭력에 기반을 둔 '평등'의 유형 사이의 유사성은 사회가 세워지기 전에는 너무 커서 간과될 수 없다. 신체형은 분명히 원시적이다. 왜냐하면 신체형은 구체적인 행위가 포함된 구체적인 욕구를 만족시키기 때문에 그것은 잘못된 것이다. 그러나 이러한 유형의 형벌을 거부한다면 우리는 불평등을 인정하는 것이다.

그러면 어떻게 형벌의 공정한 분배에 도달할 수 있을까? 스스로 드러나는 유일한 해결책은 불평등한 正義를 인정하거나, 형벌로 불평등한 자를 평등하게 만들도록 적용함으로써 불평등의 不義를 바로잡는 것이다. 나의 견해로는 전자가 정당하고 실행 가능한 유일한 해결책이고, 후자는 사회질서와 도덕질서의 잘못된 개념에 근거하고 있다고 생각한다. 형벌은 사회질서의 표현이기 때문에 형벌의 분배를 변화시키는 것은 사회질서의 외재적인 형태를 바꿀 뿐이고 - 사회질서의 기반인 - 범죄는 그대로 남겨두는 것이다. 따라서 불평등은 계속될 것이다. 게다가 불평등의 영역은 형벌, 특히 그 경제적 기반보다 훨씬 더 넓다. 범죄에 맞게 형벌을 조정함으로써 이러한 경제적 불평등을 바로잡을 수 있다고 주장하는 것은 분명히 위험하고 비도덕적이다. 부도덕하다는 것은 그것이 부자를 예컨대, 살인죄에 대하여 무기징역으로 처벌하는 것을 의미하기 때문이고, 반면 같은 범죄에 대하여 가난한 자는 일년 아니면 심지어 사면을 받을 수 있다는 것을 의미하기 때문이다. 이것은 이미 내가 언급한 바 있는 도덕질서를 뛰어넘는 것이다. 즉 오래된 범죄는 상호적으로 처벌되었기 때문에 형벌은 가능한 한 범죄에 가깝게 반영되었다. 즉 해악을 전보하거나 바로잡는 것으로 충분해야 할 것이다. 나는 이 책 전반을 통하여 이러한 원칙의 가장 보편적이고 원시적인 형태가 범죄를 반영하고, 범죄를 형벌로 재창출하는 것이라고 주장했다. 그러나 상징적인 것을 실제적인 만족으로 대체해 온 우리들의 능력 속에서 우리가 지속적으로 진보해 온 바에 따라 우리는 오늘날 보통 징역이나 벌금의 형태로 형벌이 범죄에 상징적으로 근접하는 것으로 만족할 수 있다.

이것으로부터 형벌은, 만약 이것이 도덕적이라면, 직접적으로 범죄

에 비례해야 할 것이고, 응보적인 견해를 유지한다면, 복종모델하에서는 범죄자의 특정한 불평등한 신분에 직접적으로 비례하여야 할 것이다. 만약 우리가 '동일한' 형벌을 같은 범죄에 대하여 모든 범죄자에게 적용한다면 이러한 목적을 달성할 수 있다. 상호성의 원칙은 유지된다. 왜냐하면 범죄에 적합한 형벌이기 때문이다. 재판을 하는 데 있어서는 불평등한 신분을 감경사유로 인정하지 않기 때문에 이 '동일한' 형벌은 각자의 불평등한 신분에 따라 다르게 느껴질 것이다. 따라서 형벌은 그 운영에 있어서는 동일하지만, 그것의 효과는 다르다.

효율적인 형벌의 正義

이러한 결론은 형벌의 正義에 관한 다음의 문제로 우리를 이끈다. 즉 형벌을 사용하는 것이 정당한 것인가, 그리고 범죄자를 변화시키기 위하여 '치료', 정신치료, 재사회화와 같은 것은 정당한 것인가? 우리는 앞의 두 章에서 우리가 정말로 마음에 있다면 이러한 점에 관하여 형벌을 매우 효과적이게 할 수 있다는 것을 보았다. 오늘날의 통상적인 견해는 특정한 개인을 변화시키는 것(예컨대, 불복종하는 것을 복종시키는 것)은 잘못된 것이지만 형벌을 모든 사람이 복종하도록 하기 위하여 일반예방으로 사용하는 것은 좋다고 한다. 이것은 적어도 나에게는 모순되는 것이다. 나의 이론틀에 비추어 볼 때 그것은 또한 부당하다.

일반예방의 부도덕성 나는 도덕질서를 인정하는 형벌(응보형)과 사회질서를 인정하는 형벌 모두가 정당하다고 설명했지만, 전자가 후자보다도 두 가지 이유에서 더 우수하다고 주장하는 바이다. 첫째, 응보는 사회질서와 정치질서를 뛰어넘는 도덕질서를 인정한다. 둘째, 사회질서와 정치질서는 그것이 문명의 진보와 사회의 계속성을 인정한다는 점에서 도덕적이지만 그럼에도 불구하고 범죄행위에 의하여 창조되었기 때문에 오점을 안고 있다. 게다가 억압은 폭력과의 '전투에 졌기'

때문에 사회질서가 원시상태로 해체될 위험성이 있다. 그러나 나는 폭정의 상태로부터 권위가 분산되는 것은 문명에 있어서 위대한 발걸음이라는 것을 입증했다. 이러한 권위의 분산은 구조적인 불평등을 가져다 주었고 대중이 복종하는 것을 파괴했다. 따라서 대중의 복종상태로 회귀하는 모든 사회질서는, 내가 분석하기로는, 부도덕하다. 왜냐하면 그것은 문명의 방향과 반대되기 때문이다. 그러므로 대중의 복종을 목적으로 형벌을 사용하는 것은 부도덕하고, 그것은 일반예방의 외형적 모습이기 때문에 그것 역시 부도덕하거나 적어도 그럴 가능성이 있다.

형벌의 일반예방적 효과를 주장하는 것은 복종을 유지하기 위한 형벌의 역할을 부풀리는 것이다. 나는 이 책 전체를 통하여 복종에 이바지 하는 형벌은 가족이나 학교, 교회 또는 군대와 같은 다른 사회제도에서 성취된다는 것을 분명히 보여주었다. 실제로 사회는 이러한 사실을 인정하고 있으며, 이것은 왜 엄격한 신체적 처벌이 범죄인들에게보다도 더 가혹하게 학교나 가정에서 행해지고 있는지에 대한 이유가 된다.[18]

일반적 복종은 다른 사회제도에 의해서 더 잘 지켜질 것이기 때문에 형벌을 일반예방의 근거로 사용하는 것은 결코 정당하지 않다고 결론지어도 그리 어려움은 없을 것이다.

특별예방의 도덕성 특별예방은 또 다른 문제이다. 법을 위반한 개인을 처벌하려고 고안된 형벌제도는 형벌이 '느껴진다'는 것을 확보할 수 있는 모든 권리를 가지고 있는 것 같이 생각된다. 따라서 이것이 의미하는 것은 형벌의 엄격성이 범죄에 비례하여 유지됨에도 불구하고, 복종의 이름으로 형벌로부터 행할 수 있는 것을 해 나가는 데에는 아무런 잘못도 없다. 왜냐하면 우리는 여기서 대중의 복종에 관심이 있는 것이 아니라 몇몇 개인의 불복종만에 관심을 가지기 때문이다. 이에 반하여 내가 할 수 있는 주장은, 만약 모든 범죄자가 복종적이었다면 우리 모두는 법에 순종하는 자로 구성된 사회를 가질 것이라는 것이다. 그러나 이것은 복종하지 않을 개인들이 있다는 것을 전제로 하고, 그들이 일단 복종하게 된다면 더 이상 범죄자는 없을 것이다.

이것이 실질적으로는 불가능하다는 것은 아미 엔리코 페리가 밝힌 바 있다.[19] 물론 이러한 생각은 범죄원인과 불복종의 잘못된 개념에 근거하고 있다. 프로이트식의 견해로는 우리 모두는 잠재적으로 불복종할 가능성이 있다고 한다 - 즉 대중적 불복종의 가능성은 항상 존재하는 것이다. 따라서 특정한 개인을 변화시킬 수는 있지만, 그들을 대신할 사람들도 얼마든지 있을 것이다.

이러한 접근방법이 취하고 있는 균형잡힌 正義는 이제 분명하다. 형벌이 개인범죄자를 복종적인 인간으로 바꾸는 것을 확실히 하는 것은 형벌이 사회질서를 인정하는 한에서 도덕적이다. 이 범죄자들은 비범죄자로 변화될 모든 권리를 가지고 있다. 어쨌든 장 제니트(Jean Genet)가 충분히 알려준 바와 같이 이것은 어쩔 수 없이 해야 하는 아주 고약한 역할이다.[20] 그들이 왜 그러한 역할을 해야 하는지에 대한 이유는 없다. 특히 범죄자를 대신할 사람들이 엄청나게 많은 데도 말이다. 재사회화와 그것과 관련된 것에 반대하는 자들은 그 더러운 일을 이러한 사람들에게 행하는 국가의 과학소설 같은 그림을 그리길 좋아한다. 나는 특히 국가가 응보원칙에 의하여 제한되는 경우 이것이 그렇게 되는 것을 볼 수 없다.

정면으로 비판받고 있는 특별예방의 처방은 정신치료,[21] 화학치료, 그리고 다양한 형태의 조작적 행동치료이다. 약물과 정신치료 등의 이러한 특별한 치료는 행동에 강력한 영향을 미치기 때문에 이러한 세련된 방법을 적극 권장해야 한다. 아마도 정신치료는 가장 영향력이 있는 것일 것이다. 왜냐하면 그것은 개인의 협력에 의존하지 않기 때문이다. 그러나 이에 대하여 심하게 반대하는 것은 그것이 결코 폭넓게 사용되지 않을 것이라는 것을 의미한다. 왜냐하면 형벌 - 문명이 거부해 온 형태의 형벌 - 은 신체적인 손상에 매우 가깝기 때문이다. 따라서 우리는 제11장에서 살펴본 어느 정도 덜 효과적인 방법의 형벌을 사용하도록 해야 할 것이다. 그러므로 형벌의 신속성과 확실성은 개별

19) Ferri, *Criminal Sociology*. 그는 1,000명의 범죄자가 매년 처형되어야 할 것이라고 계산했다.
20) J. Genet, *The Balcony and other works*.
21) J. M. Delgado, *Physical Control of the Mind* (New York : Harper & Row, 1971).

범죄자에게 가장 큰 영향이 미치도록 조정되어야 한다. 물론 엄격성은 비록 효과적인 형벌의 주요 요소이긴 하지만 응보원칙에 따라 완화된 형태로 조절되어야 한다. 그렇지만 형벌의 홍보성 요소는 사용되어서는 안된다. 왜냐하면 이것은 일반예방에 이바지 하는 형벌이기 때문이다. 이 문제는 좀 복잡하므로 나중에 다시 언급하기로 하겠다.

예측적인 형벌의 회피 예측적인 형벌의 문제는 매우 다루기 어려운 문제이다. 16개의 강간죄를 범한 사람이 있다고 가정한다면, 그가 다시 재범을 저지를 것이라고 예상할 수 있다. 그가 다음 범죄를 저지르기 전에 그의 일생동안 그가 치료될 때까지 우리들의 보호에서 벗어날 수 있을까? 이 문제는 응보 및 복종모델 외에 해당하는 것이라고 볼 수 있다. 문제는 무력화이다. 즉 사회는 잠재적인 위험한 범죄자로부터 스스로를 보호할 권리가 있는가? 그것은 방위모델이고, 그 대답은 "그렇다"는 것이다. 나는 응보의 우위를 주장했고, 그에 따라 범죄자를 비범죄자로 변화시키는 모든 응징적인 기법을 적용하는 것을 주장했기 때문에 예측적인 형벌의 문제는 거의 발생하지 않을 것이다. 우리가 형벌을 예측하는 데 관심을 가지고 있는 사람들은 보통 "위험하다"고 간주되는 자들이기 때문에, 그들이 범하는 초범은, 항상 그런 것은 아니지만, 대체로 중대한 범죄일 것이다. 따라서 응보원칙에 의하면, 범죄자는 '석방되거나' 보호관찰에 처해져서는 안된다. 그는 자기가 행한 범죄의 경중에 따라 처벌되어야 한다. 따라서 범죄자를 정신치료, 약물 또는 기타의 방법으로 변화시킬 수 있는 방법으로 그를 처우할 많은 시간이 남아 있다. 예측적인 형벌유형은 발생할 뿐이다. 왜냐하면 중대한 초범자들은 충분히 엄격하게 처벌되지 않고, 그들은 다시 재범을 범하지 않을 것을 확보할 수 있는 모든 치료가 주어지지도 않기 때문이다.[22]

이러한 결론이 제11장에서 언급한 특별예방의 효율성 결여에서 내린

22) '잘못된 확실성'의 문제는 이러한 제도에서는 발생하지 않는다. 왜냐하면 범죄자가 범죄를 범하기까지는 위험한 자의 예측적인 형벌이 허용되지 않기 때문이다. 내가 여기서 전개하는 사회방위이론은 사회는 위험한 인물로부터 스스로를 보호할 권리가 있지만, 그 권리는 응보원칙에 따라 제한

결론과 일치되지 않는다고 하는 비판이 제기될지도 모른다. 이에 대한 대답은, 그렇게 하는 것이 잘못된 것이라고 하는 응보론자들의 도덕적 주장 때문에 우리는 범죄자를 변화시킬 용기를 한 번도 가져본 적이 없다는 것이다. 이것은 학문상 신뢰하고 있는 것과는 대조적으로 교도소에 적용되고 있는 치료모델이 실제로 행해지고 있는 것에서 매우 쉽게 예시될 수 있다. 1950년대 후반 범죄자에 대한 치료모델이 미국 범죄관련 저서의 내용을 휩쓸고 있었던 당시, 미국에 수감되어 있던 161,587명의 수형자들은 단지 32명의 정신치료의자로부터 치료를 받고 있었다.[23] 범죄자치료의 근거에 깔린 정치적 폭정은 허구이다. 일반예방에 이바지했을 때에는 이미 폭정이 되었던 것이다. 마치 구소련의 경우에서와 같이 말이다. 여기에서는 반대자에 대하여 정신치료를 받게 했으며 이것은 불평등의 일차원적 구조였다. 치료를 폭정적인 것이라고 비판하는 자가 그것이 효과적이라고 주장하는 꼴은 더 우습다. 가장 폭정적이지 않은 치료는 아무런 효과가 없는 것일까?

우리는 인간의 행동을 급진적으로 변화시킬 수 있는 기술을 가지고 있다. 예컨대, 폭력적인 행동을 제거하기 위하여 일정한 감정이나 인지기술과 같은 다른 행동의 측면을 제거할 수 있는 조잡한 기술을 인정하게 된다. 그러나 무기징역을 선고받을 가능성이 있으면 행동변화에 드는 비용은 범죄자에게 더 적지 않을까? 더 중요한 것은 응보모델에 집착하여 위험한 사람을 형기를 마친 후 석방하게 되면 그의 폭력으로부터 우리를 보호하기 위하여 어떤 개인의 몇몇 행동유형을 희생시킬 가치가 있는 것은 아닐까?

되어야 한다는 것이다. 또 전체 형사사법의 업무 가운데 대부분을 차지하고 있는 경죄를 범하는 범죄자에 대하여는 여기서 언급하지 않을 것이다. 나는 그러한 자들이 사회에 위협적이라고 생각하지는 않는다. 실제로 그들이 범하는 범죄에 다시 형벌을 가하는 것은, 내가 이 책 전반에서 누누이 말한 이유 때문에, 사회질서를 강화시킬 것이다. 그러나 범죄자가 위험하다고 간주될 때 그러한 경우가 발생한다면 예측적인 형벌이 적용될 것이다.

23) A. C. Shure, "The New Penology : Fact or Fiction?", *J. Criminal Law & Criminology* 49 (1958):331-334.

에필로그 : 개혁의 위험

내가 이 章에서 제시한 많은 견해들은 이상주의적 원칙을 제시하고 있기 때문에 그것이 특정한 개혁을 하는 데 있어서는 그리 심각하게 받아들이지 않을 가능성이 있다는 것을 알고 있다. 나는 그것이 지극히 다행이라고 생각한다. 왜냐하면 그것이 마치 위대한 계획인 양 그것을 적용하는 것은 매우 위험한 일이기 때문이다. 내가 이러한 견해를 취하는 데에는 두 가지 이유가 있다. 하나는 개혁 그 자체의 성질 때문이고, 다른 하나는 개혁이라는 먹이에 뛰어올라 그것을 삼켜버릴 굶주린 표범과 같은 우리들이 의식하지 못하는 과정이 있기 때문이다.

형사사법에 종사하는 사람들은 가장 좋은 개혁이 불행한 결과가 된다는 것을 너무나도 잘 알고 있다. 18세기와 19세기 개혁을 위하여 엄청난 대가를 치렀던 영국의 개혁 부분을 설명한 곳에 이것이 잘 드러나 있다. 당시 그 개혁이 도움이 되었는지는 결코 분명하지 않다. 체계적인 교도소가 바로 그러한 대가의 하나이다. 게다가 교도소의 역사에 해박한 많은 전문가들은 교도소가 특정한 형벌철학에서 비롯된 것이 아니라 당시의 관료조직과 정치상황에서 비롯되었다고 주장한다. 어떤 이들은 이러한 과정을 형벌에 대한 행정적 해결책이라고 보는데, 이것은 세 가지 원칙, 즉 감시와 안전 그리고 통제에 의존하는 것이다.[24] 다른 이들은 미국의 형벌제도가 도입된 초기에는 행정적인 수요를 충족시킬 수 있었다고 입을 모아 말하고 있다. 월넛 스트리트(the Walnut Street) 교도소의 기원에 대하여 길린(J. J. Gillin)은 다음과 같이 기술하고 있다. 즉,

> 여기에 미국 교도소 제도의 시원이 있다.… 이것은 다음 40년간 미국의 교도소 모델이 되었다. 우리는 특히 이 제도가 어떤 특정 학파의 철학에서 비롯된 것이 아니라 당시의 행정적이고 정치적인 요구에 의해서 비롯되었다는 것을 알아야 한다.[25]

24) M. Lopez-Rey and C. Germain, eds., *Studies in Penology* (The Hague : Martinus Nijhoff, 1964).
25) J. J. Gillin, *Criminology and Penology* (New York : Appleton-Century Crofts, 1945), p.376.

밝혀진 바와 같이 그 시대 이후부터의 개혁의 방향은 문명의 방향과 항상 일치했다. 그것은 형벌의 모델로서 물리적 폭력을 억압하는 데 도움이 되었다. 교도소의 '대가'는 이러한 억압의 논리적인 결과이다. 왜냐하면 교도소는 공개처형에 반대하는 비밀운동과 함께 형벌이 사회의 무의식, 즉 교도소의 성채 속으로 억압되었기 때문이다. 교도소가 현대 사회에서 누리는 비밀성과 격리성은 극히 현상적인 것이다. '개방'되어 있는 것도 있지만, 대부분은 높은 담벼락과 망루, 관리실로 격리되어 있으며 지리적으로도 사회와 떨어져 있다. 개혁자들은 대중들이 교도소의 '내부'에서 어떠한 일이 진행되고 있는지를 알지 못하고 있다고 주장하고, 만약 대중들이 알고 있다면, 교도소의 환경을 진작시키려는 운동이 더 강하게 전개될 것이라고 주장한다. 그러한 주장은 순진한 것이다. 왜냐하면 그것은 문명에서의 형벌의 심리를 이해하지 못했기 때문이다. 범죄자를 감금시켜 고립시키는 것은 형벌의 문화적 과정에 있어서 큰 발전적 진보를 나타내 준다. 그것을 가볍게 손상시켜서는 안된다. 교도소의 폐지를 추진하는 자들은 교도소가 주춧돌로 삼고 있는 화약통을 이해하지 못하는 것이다. 교도소를 없애버리는 것은 우리 문화의 중요하고 가치있는 일부분을 없애는 것과 마찬가지다 - 불쾌하게 들릴지 모르나 그것이 발생하는 것보다는 훨씬 덜 불쾌할 것이다. 오히려 형벌사를 살펴본 이 책에도 나와있는 바와 같이 충분히 더 나빠질 수도 있다.

개혁은 역사를 훼손하려고 하기보다는 그것을 인정할 것이다. 따라서 예컨대, 우리에게 친숙한 형벌의 양형 분야에 있어서 개혁을 위한 실질적인 움직임은 형법의 역사적 전례에 확고하게 근거하고 있어야 하며, 우리가 가진 모든 것을 문밖으로 쓸어버릴 거대한 계획에 근거하지 않아야 한다. 글로 보기에는 위대한 것처럼 보이는 많은 위대한 계획들이 있었지만, 그것이 법률로 만들어지자 곧 시행불가능한 것으로 판명되었다. 이것으로 미루어보아 양형 개혁은 새로운 법률에 의하여 달성되는 것이 아니라, 현존하는 법실무와 형법이론을 면밀하게 분

---

26) 사실 이것은 잭 크레스(Jack Kress)와 그의 동료들이 행한 연구에서 취한

석하고 연구함으로써 달성되는 것이다.[26)]

형벌 유형에 있어서의 개혁은 형벌의 실제적이고 '현실적인' 측면보다는 상징적인 측면을 재확인하도록 해야 한다. 이러한 생각은 이미 언급했던 홍보성의 문제와도 밀접하게 관련되어 있다. 나는 일반예방의 목적을 위하여 홍보를 하는 것이 위험하다고 생각하기 때문에 형벌의 상징적인 측면을 형벌 그 자체를 홍보하지 않고 강화하는 것이 매우 어렵다고 생각한다. 여기서 실질적인 형벌의 홍보와 그것을 연출적인 방법으로 표현하는 것 사이에 명백한 구분을 해야 할 것이다. 강조되어야 할 것은 전자가 아니라 후자이다. 따라서 교도소 내에서 행해지는 실제 사형식을 텔레비전으로 방영하는 것은 개혁이 아니라 억압적인 것이다. 왜냐하면 그것은 - 마치 아즈텍인들이 희생으로 삼은 자를 먹는 풍습과 마찬가지로 - 형벌을 구체적으로 표현하는 것이기 때문이다. 형벌의 상징적인 만족을 향상시키는 가장 좋은 방법은 픽션을 통하여 교도소에서 무슨 일이 벌어지고 있는지 그리고 다른 형벌은 어떠한지를 극화하여 보여주는 것이다. 픽션은 내가 식인풍습의 예를 들면서 말했던 상징적 대체성에 가장 가까운 것이다. 또한 비밀스러운 처벌은 형벌의 신비감과 극적인 모습을 높여 주고 상상을 자극할 것이다.

마지막으로 우리는 범죄가 사회질서를 창조한 것이지 그 반대가 아니라는 것을 잊지 말아야 한다. 따라서 형벌에 있어서의 개혁은 실로 범죄자에게 달려 있다. 우리는 프랑스에서 살인자에 대한 사형을 폐지하자는 법안을 도입하려 했을 때 한 국회의원이 "먼저 살인자들에게 그 법안을 처리하도록 하자"라고 말했던 것을 상기해야 한다.

또 한 가지 모든 종류의 처벌, 특히 형벌의 기저에 깔린 심리적 실체를 잊어서는 안된다. 개혁은 그것이 무엇에 반대하여 들고 일어나는지를 분명히 인식하지 않으면 실패하는 것이다. 나는 이 책을 통하여 이러한 심리적 실체에 관하여 대부분은 암시적인 방법으로 언급했다. 프로이트는 그가 '심리적 진실'이라고 부른 것에 대하여 하이네

방법이다. 이 연구에서는 개혁이 사법부의 핵심으로 초점이 맞추어졌는데, 이것은 개혁적인 연구의 모든 단계와 관련이 있다. J. M. Kress, L. T. Wilkins, and D. M. Gottfredson, "Is the End of Judicial Sentencing in Sight?", *Judicature* 60, 5 (1970):216-222.

(Heine)의 말을 인용하여 다음과 같이 기술했다. 즉,

> "나는 극히 평화로운 성격을 가지고 있다. 나의 소망은 멋진 침대, 좋은 음식, 그리고 신선한 우유와 버터, 창 앞에 놓인 꽃, 그리고 문 앞에는 멋진 나무가 서 있는 초가지붕을 한 소박한 오두막집을 갖는 것이다. 그리고 만약 神이 나의 행복을 완전하게 해 주신다면, 내가 그 나무에 예닐곱 명의 적들의 목이 매달려 있는 것을 보게끔 허락해 주실 것이다. 그들이 죽기 전에 나는 가슴 떨리게도 그들이 생전에 내게 저지른 모든 나쁜 행위를 잊을 것이다. 진실로 누구나 자기의 적을 용서해야 한다 - 그러나 그들이 교수되기 전에는 아니다."[27]

형벌에는 은총이 없다. 오직 正義만이 있을 뿐.

27) S. Freud, *Civilization and Its Discontents*, trans. James Strachey (New York : W. W. Norton, 1961), p.57.

역 자 후 기

대학원 박사학위과정에 들어간지 얼마되지 않았을 무렵이라고 기억한다. 형법과 형사정책을 전공하고 있어 이와 관련된 서적을 찾고 있던 중 서점에서 귀한 책 한 권을 발견했다. 바로 미셸 푸코의 《감시와 처벌 : 감옥의 역사》의 번역서였다. 당시에는 푸코가 누구인지도 모를 때였지만, 형벌의 역사와 이론 및 그 배경이 되었던 정치사회적 상황을 논리적으로 기술하였던 푸코의 저서는 흥미를 불러일으키기에 충분했다. 한 가지 아쉬웠던 점은 그와 같은 저서가 형사법을 전공한 분에 의해 번역되었으면 더 좋지 않았을까 하는 점이었다. 그리고 세월이 흘러 연구원에서 근무하면서 학위논문을 마친 다음 형벌분야에 관심을 가지고 있던 중 우연히 뉴만 교수의 책 ≪Punishment Responce≫을 발견했다. 그때 기분은 마치 사막에서 오아시스를 발견한 심정이었다. 형벌의 역사와 이론에 목말라 하던 나는 욕심을 내어 번역하기로 결심하고 곧 저자인 뉴만 교수에게 편지를 보냈다. 회답은 곧 바로 팩스로 도착했다. 뉴만 교수는 오히려 자신의 책을 번역하겠다는 나에게 고마움을 표했고, 번역과 출간에 필요한 모든 도움을 제공해 주겠다는 말을 전해 왔다. 나로서는 가슴뛰는 일이었다. 그 뒤 출판사로부터 한국어저작권을 얻게 되었음은 물론이다. 1996년 11월의 일이었다.

《서양형벌사》로 이름붙인 이 책은 오히려 "서양문화사"로 불려야 할 만큼 방대한 범위의 지식을 담고 있다. 사실 형벌의 문제는 단순히 형법과 범죄에만 관련되는 것은 아니다. 역사와 관습, 정치와 경제, 사회문화와 교육 등, 말 그대로 사회 전분야와 직접 또는 간접으로 관련되어 있다. 인류의 탄생과 거의 함께 공존해 온 범죄와

형벌의 역사를 살펴보는 것은 형법을 공부하는 사람들만의 관심사는 아닐 것이다. 특히 오늘날과 같이 복잡한 사회 속에서는 수없이 많은 법률에 의하여 어느 누구라도 범법행위로 처벌받을 가능성이 있기 때문이다. 이는 역사를 둘러보기 전에 우리의 현실상황에 눈 돌려 보아도 쉽게 알 수 있다. 또한 이 책은 단지 범죄와 형벌이라는 분야만을 다룬 것이 아니라 보다 범위를 확대하여 가정, 학교, 군대, 교회 등 일정한 단체나 조직에서 처해지는 각종 처벌도 함께 다루고 있어 일반인들도 쉽게 접근할 수 있다는 장점이 있다.

특히 내가 이 책에 대하여 흥미를 가지고 있는 것은 위와 같은 사실에만 국한된 것은 아니다. 나로서는 최근 형벌론에 관하여 많은 관심을 가지고 있으면서 특히 응보주의 형벌이론에 공감하고 있던 터라 응보형의 정당성을 역설하는 뉴만 교수의 논조에 동의하는 바가 많다. 사실 형벌론에 있어서 응보형벌론은 많은 비판을 받아온 것이 사실이다. 그러나 최근에는 오히려 응보형벌론이 다시 등장하여 외국의 현행법(예컨대, 영국과 북구유럽의 형법전)에서 응보주의로 돌아가고 있는 실정이다. 응보형벌론은 우리가 알고 있는 것과 같이 잔혹하고 야만적이며 반인륜적인 이론이 아니다. 이 저서를 읽어보면 그 참뜻을 곧 이해하리라고 생각한다.

한 가지 독자분들에게 드리고 싶은 말은, 이 책을 어려운 법률서적이라고 미리 선입견을 가지고 읽지 않았으면 한다는 점이다. 이 책은 말 그대로 교양서이므로 소설책을 읽듯이 가벼운 마음으로 대한다면 쉽게 읽힐 것이라고 생각한다. 물론 번역상의 오류와 문맥의 왜곡이 없는 것은 아니다. 짧은 영어실력에 방대한 양의 저서를 번역한다는 것 자체가 나에게는 큰 부담이었고 실수도 많았다는 점을 시인한다. 잘못된 번역이나 오역은 독자분들께서 지적해 주시면 반드시 참고하여 수정할 것이다. 솔직히 말한다면 아직 우리나라나 동양사회에서 행해졌던 형벌의 역사나 이론에 대해서는 아는 바가

거의 없으므로 오히려 부끄러움을 느낀다. 이는 앞으로 연구해야 할 과제로 삼고 계속 노력할 생각이다.

이 책의 번역을 기꺼이 허락해 주신 뉴만 교수에게 진심으로 감사드린다. 각주를 보면 알 수 있듯이 뉴만 교수는 이 책을 쓰기 위하여 엄청난 양의 문헌을 참고하였다. 그의 학자로서의 학문연구 방법과 자세에 경의를 표하는 바이다. 더구나 모르는 단어나 문맥을 질문했을 때 모두 상세하게 설명해 주신 자상함에 더욱 감사드린다. 뉴만 교수의 역작을 오히려 내가 망치지는 않았나 하는 생각에 몇 번을 거듭하여 신중하게 생각해 보았지만 불분명한 표현이나 오역이 있는 것은 나의 한계라고밖에 말할 수 없을 것이다. 또 번역의 저작권을 하락해 준 Heston and Harrow 출판사에게도 감사드린다. 아울러 연구원의 동료이자 知己인 陳壽命 學兄에게도 심심한 감사를 드린다. 진수명 學兄은 오 · 탈자는 물론 오역을 바로 잡아주었을 뿐 아니라 전체의 맥락에 대한 이해를 도와주었다. 그리고 지난 번의 번역서(범죄학입문)에 이어 계속 출판을 맡아주신 吉安社의 金世振 사장님께도 감사의 뜻을 전한다. 또한 스승이신 李炯國 교수님과 朴相基 교수님께도 감사드리고, 특별히 항상 격려와 후원을 베풀어 주시는 韓國被害者學會 회장이신 閔建植 변호사님께도 심심한 謝意를 표하는 바이다. 그밖에도 부모님과 가족, 친지분들과 친구들에게도 감사의 말을 전하며, 무엇보다도 이러한 작업을 행할 수 있도록 보살펴 주신 하나님께 감사드린다.

1997년 7월
李 璟 在

❖ 인명 색인 ❖

[가]

[나]

[다]

[라]

[마]